

BIBLIOTECA DEL "FORO ITALIANO",

ALFREDO ROCCO

PROFESSORE ORDINARIO NELLA UNIVERSITÀ DI ROMA

STUDI DI DIRITTO COMMERCIALE
ED ALTRI SCRITTI GIURIDICI

VOLUME PRIMO

ROMA - 1933-XI

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»



PROPRIETÀ LETTERARIA

PRINTED IN ITALY

Città di Castello - Tipografia dell'« Unione Arti Grafiche » - 1933 XI

INDICE DEI DUE VOLUMI

VOLUME PRIMO.

I. — SU LA STORIA E LE TEORIE GENERALI DEL DIRITTO PRIVATO E PROCESSUALE.

<i>La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni</i>	Pag. 3
<i>Lo sviluppo del diritto commerciale nell'ultimo cinquantennio</i>	» 35
<i>Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile.</i>	» 51
<i>L'interpretazione delle leggi processuali</i>	» 71
Cap. I. — La teoria generale della interpretazione delle norme giuridiche e la sua applicazione alle singole categorie di norme	» 73
Cap. II. — I principi speciali sulla interpretazione delle leggi di procedura in materia civile e le loro caratteristiche	» 87
Cap. III. — I singoli elementi della interpretazione delle norme processuali: l'elemento storico in largo senso	» 101
Cap. IV. — I singoli elementi della interpretazione delle leggi processuali: l'elemento pratico	» 121

II. — SULLE SOCIETÀ COMMERCIALI.

<i>La qualità di commerciante nei soci a responsabilità illimitata</i>	Pag. 151
<i>Sulla condizione giuridica del socio receduto di fronte al fallimento della società</i>	> 175
<i>Sulla liquidazione delle società commerciali</i>	> 197
<i>La continuazione della società cogli eredi del socio illimitatamente responsabile</i>	> 225
<i>La rappresentanza delle persone giuridiche e in specie delle società commerciali in rapporto alla intimazione e notificazione degli atti giudiziari</i>	> 301
<i>I fondatori di società commerciali e l'articolo 127 del codice di commercio</i>	> 323
<i>L'articolo 127 del codice di commercio ed il divieto ivi sanzionato</i>	> 333
<i>La convalescenza dei negozi giuridici e l'articolo 137 del codice di commercio</i>	> 341
<i>Ancora sulla convalescenza dei negozi giuridici e l'articolo 137 del codice di commercio</i>	> 361
<i>Sempre a proposito dell'articolo 137 del codice di commercio</i>	> 371
<i>La rappresentanza delle società commerciali nel giudizio di Cassazione</i>	> 375
<i>Modificazioni allo statuto delle società irregolari</i>	> 387
<i>Efficacia delle modificazioni all'atto costitutivo o allo statuto di una società irregolare non trascritte e non pubblicate</i>	> 399
<i>Azioni nominative e azioni al portatore</i>	> 415

VOLUME SECONDO.

III. — SUI TITOLI DI CREDITO, LA CAMBIALE
E LO CHÈQUE.

<i>Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito . . .</i>	Pag. 3
<i>Il formalismo nella cambiale e le forme equipollenti o ellittiche della clausola cambiaria.</i>	» 43
<i>Il fondamento giuridico dell'obbligazione nei titoli di credito e la validità della cambiale in bianco</i>	» 55
<i>La natura giuridica dello chèque e i diritti del possessore verso il trattario</i>	» 91
<i>Sulle eccezioni cambiarie desunte dal rapporto fondamentale</i>	» 107
<i>Sul valore della clausola « pagabile presso » nella cambiale</i>	» 119
<i>La girata dopo la scadenza e gli effetti di titolo esecutivo nella cambiale.</i>	» 131

IV. — SUL FALLIMENTO.

<i>Sulle esecuzioni immobiliari dei creditori privilegiati ed ipotecari dopo la dichiarazione del fallimento</i>	» 159
<i>Sulla natura del privilegio del venditore di macchine nel giudizio di fallimento</i>	» 171
<i>Sulla rappresentanza giudiziale del curatore nel fallimento</i>	» 181

V. — SUL DIRITTO MARITTIMO.

<i>Le limitazioni alla responsabilità degli armatori</i>	189
<i>Alcune note sull'abbandono nelle assicurazioni marittime</i>	» 289
<i>Il nolo ed il profitto sperato nell'abbandono agli assicuratori</i>	» 303
<i>Gli obblighi dell'assicurato e dell'assicuratore dopo l'abbandono nelle assicurazioni marittime</i>	» 325

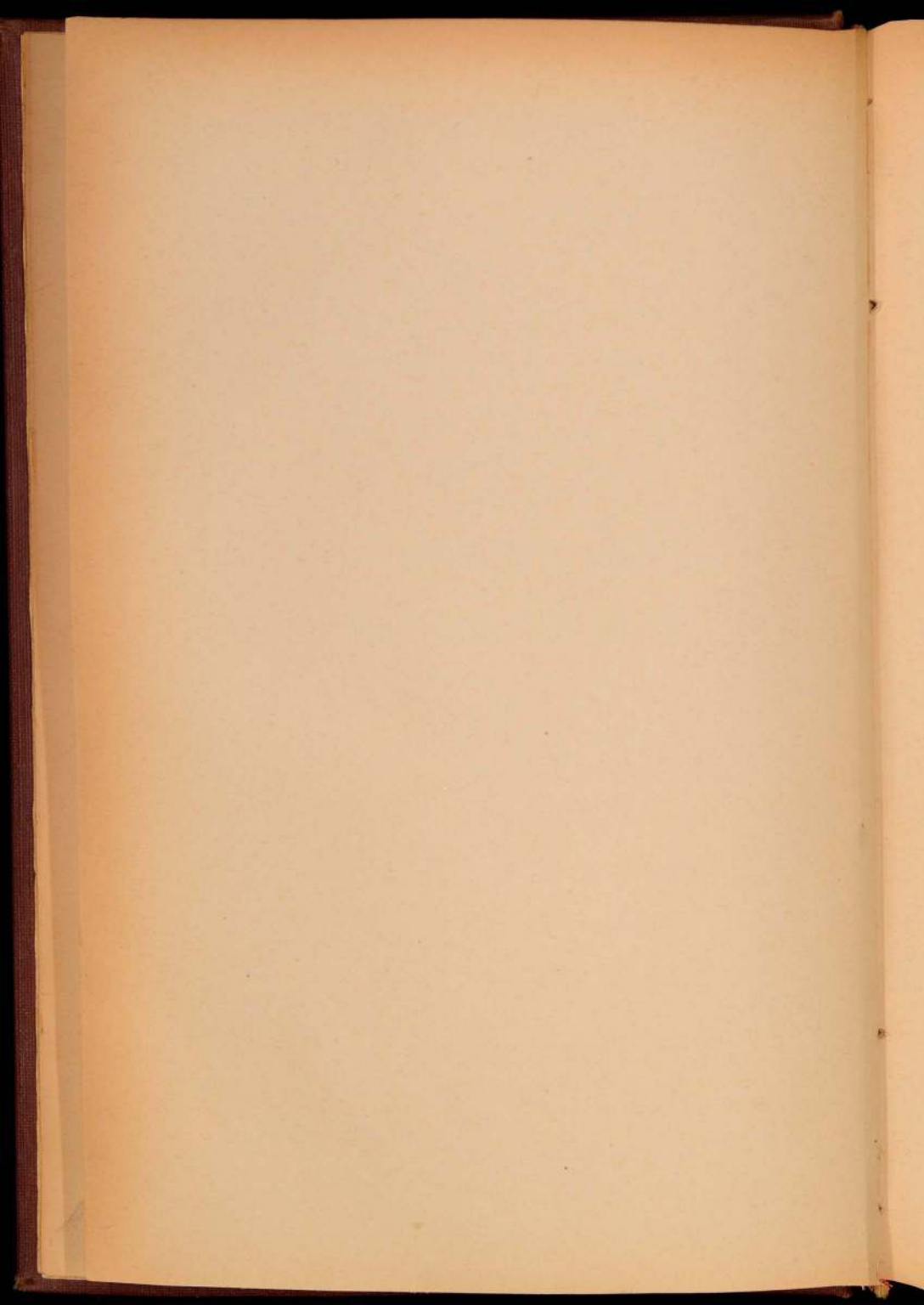
<i>La compra-vendita di merci viaggianti con trasferimento della polizza di carico</i>	Pag. 343
--	----------

VI. — SCRITTI VARI.

<i>Il progetto Nitti per il monopolio dell'assicurazione sulla vita</i>	» 359
<i>Emanuele Gianturco</i>	» 389
<i>La nuova disciplina del lavoro e lo Stato Corporativo</i>	» 405
<i>Concetto e forme della cooperazione</i>	» 421
<i>Le nuove Corti d'assise</i>	» 437
<i>Politica e Diritto nelle vecchie e nelle nuove concezioni dello Stato.</i>	» 458

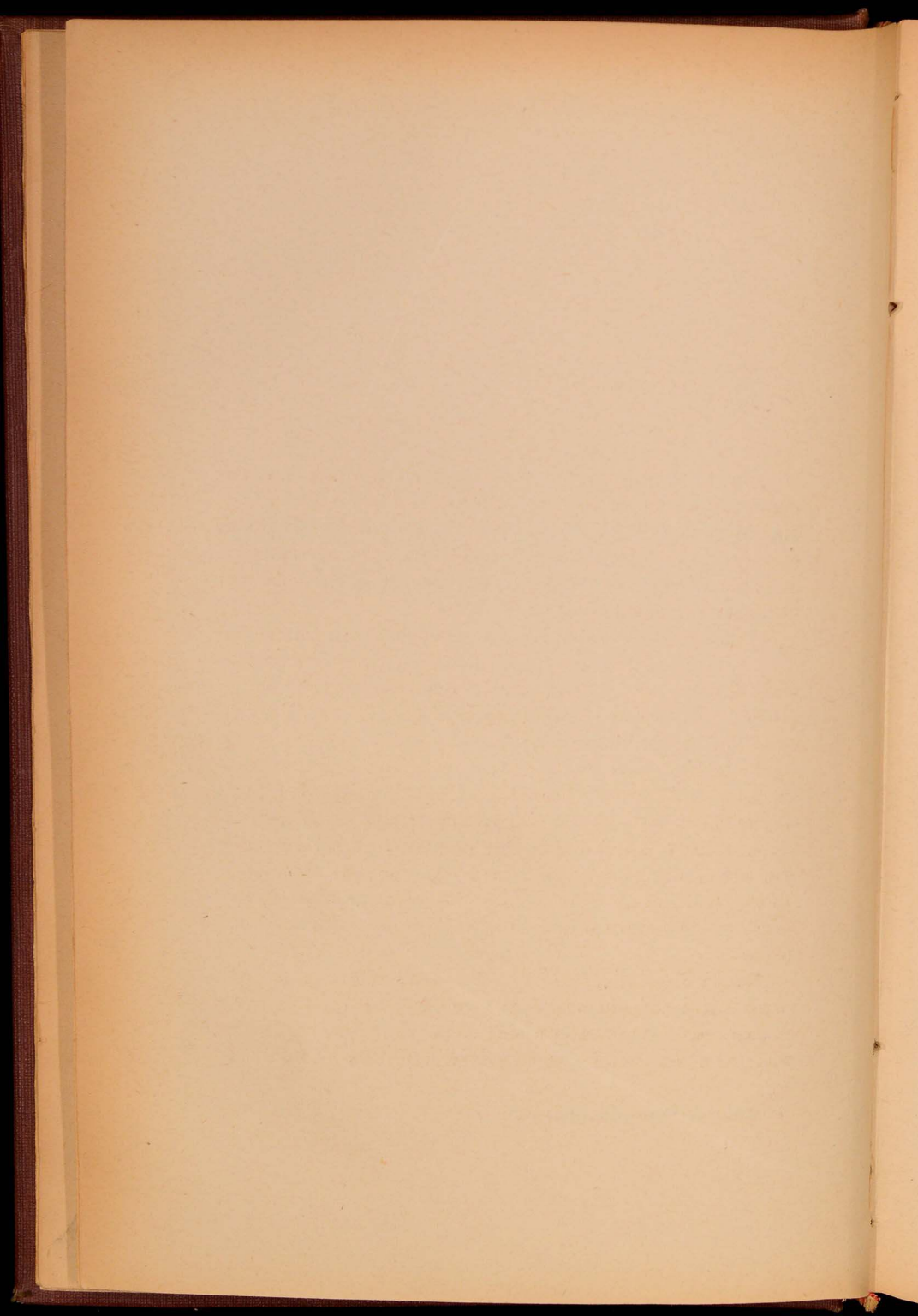
I.

SU LA STORIA E LE TEORIE GENERALI
DEL DIRITTO PRIVATO E PROCESSUALE



LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA
NEGLI ULTIMI CINQUANT'ANNI *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1911.



Quali fossero le condizioni della scienza e dell' insegnamento del diritto privato in Italia nella prima metà del secolo decimonono risulta dalla sobria descrizione che ce ne ha lasciato un osservatore autorevolissimo, imparziale e benevolo, profondo conoscitore della vita italiana e della storia nostra: Federico Carlo di Savigny.

L'insigne storico e giurista tedesco pubblicava nell'annata 1828 della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (pagine 201-228) uno scritto sopra *l'insegnamento giuridico in Italia*, i cui giudizi sono tanto più severi nella sostanza quanto più temperati nella forma, e colpiscono tanto più giusto quanto più sono ispirati non da malevolenza o da diffidenza, ma da viva simpatia e da amichevole fiducia nelle forze e nell'avvenire del genio italico. Questo scritto il Savigny ristampava, con qualche piccolissima aggiunta, nel 1850 (1) e con la sola avvertenza preliminare che, se avesse dovuto scrivere in quell'anno, avrebbe potuto dare notizie più consolanti, specie riguardo alle condizioni delle Università toscane.

Ma, in sostanza, si può dire che, ancora intorno al 1850, la scienza e l'insegnamento del diritto privato in Italia erano in una fase di profonda decadenza. Lo studio del diritto romano, che pure era diritto vigente in taluni Stati d'Italia, ne-

(1) *Vermischte Schriften*, IV (Berlino, 1850), pag. 309-342.

glette completamente l'indagine immediata sulle fonti e la ricerca storica, si riduceva all'esposizione delle dottrine di qualche scrittore più in voga, per lo più al volgarizzamento delle Istituzioni dell'Eineccio. Savigny nel 1828 nota che l'insegnamento del Villani, professore di testo civile nell'Università romana, poteva assomigliarsi a quello che s'impartiva trent'anni prima nelle Università tedesche (1); e si trattava di un giovane professore e non privo di qualche merito. Nè in migliori condizioni versava lo studio del diritto civile e commerciale e quello della procedura. Interrotta la continuità della nostra tradizione giuridica dalla introduzione dei codici francesi, l'elaborazione nazionale del diritto privato, che ebbe sempre sprazzi di vivida luce, anche in tempi di decadenza, ne rimase come paralizzata. L'attività scientifica in questi rami del diritto si esaurì pertanto quasi del tutto nelle traduzioni delle opere francesi, brutte traduzioni per lo più, che restano a documentare lo stato della cultura nei giuristi italiani dell'epoca, e non soltanto della cultura giuridica.

Quali poi fossero le condizioni dell'insegnanti e dell'insegnamento e quale contributo potesse portare la Università al progresso degli studi del diritto, risulta, tra l'altro, dalla testimonianza dello stesso Savigny. Ecco come, dopo aver rivelato i difetti dell'insegnamento, mancanza della storia interna del diritto, mancanza di connessione tra la dogmatica e l'esegesi, il Savigny giudica i professori dell'Università romana: « Perchè potessero sparire questi difetti occorrerebbe soprattutto che prendesse radici un giusto concetto dello studio del diritto, ma anche che i professori oltre la buona volontà avessero il tempo di perseguire questo concetto coi loro propri studi. Villani, ad esempio, avrebbe inclinazione e capacità a diventare un buon insegnante, ma egli è, inoltre, *Uditore del Camerlengo*, vale a dire Consigliere relatore al Ministero dell'interno: questo ufficio gli occupa la maggior

(1) *Verm. Schriften*, IV, pag. 323-325; v. anche pag. 326-327.

parte della giornata, ed il professorato diventa di necessità una cosa accessoria » (1). E di Francesco Avellino, professore di istituzioni giustiniane a Napoli, fra i migliori dell'Ateneo napoletano, e degli altri insegnanti di questa Università, non parla diversamente: « Fra i professori qui nominati Avellino potrebbe avere un valore scientifico più di qualunque altro. Egli è un colto, intelligente uomo di mezza età, i cui mutamenti di occupazione possono dare una idea della mobilità della vita napoletana. Prima fu professore di letteratura greca, poi di economia politica, ora lo è di istituzioni; ma la materia di cui si occupa di preferenza e con maggior passione è la numismatica. Inoltre, sotto il Re Gioacchino, curò l'istruzione dei principi reali. Ma eccellente egli è soprattutto fin dalla sua prima gioventù come avvocato, e questa occupazione gli porta via anche oggi la maggior parte del suo tempo. Così anche gli altri professori di legge sono o impiegati dello Stato o avvocati, ed il professorato diventa per essi una pura cosa accessoria » (2). Peggio poi i professori delle Università toscane. « Tutte le Pandette — dice il Savigny — si riducono ad alcune misere esposizioni di dottrine sconnesse, ed arbitrariamente ricavate. Così è impossibile, come so per testimonianza di una persona molto colta, che ha studiato a Pisa, anche ad uno scolaro diligente, l'apprendere all'Università qualche cosa di soddisfacente » (3).

Malgrado tutto ciò, il giudizio del Savigny sull'avvenire degli studi giuridici in Italia non è sfavorevole: « Secondo le descrizioni di molti viaggiatori si potrebbero ritenere le condizioni intellettuali dell'Italia odierna come completamente disperate, ma chi osserva le cose senza pregiudizio e con animo aperto e libero deve sicuramente giudicare in modo diverso. Egli troverà anche oggi la nazione riccamente dotata, capace di una coltura superiore, che nei secoli passati tenne

(1) *Verm. Schriften*, IV, pag. 327.

(2) *Verm. Schriften*, IV, pag. 330-331.

(3) *Verm. Schriften*, IV, pag. 318.

il primo posto in Europa. Le qualità, per le quali essa acquistò allora il primato nella cultura, possono essere assopite, ma non spente. Se si volesse tendere fortemente, volenterosamente la mano alla nazione, essa si mostrerebbe degna del suo grande passato, e presto entrerebbe in nobile gara col resto dell'Europa » (1).

Questo avvenire migliore era meno lontano di quanto il Savigny stesso avrebbe pensato. Tuttavia il cammino da percorrere era grande e grandi le difficoltà che si frapponevano al compimento di un lavoro fruttuoso. Primo ostacolo, la servitù politica che aveva accasciato gli animi dei più deboli, e concentrate le energie dei più forti nelle lotte per la libertà. Secondo ostacolo, il disprezzo per la cultura straniera, ed in particolare per la cultura tedesca, frutto in parte di ignoranza, in parte di falso patriottismo, che impediva agli italiani di conoscere e di sfruttare tutto il ricchissimo materiale scientifico accumulato, specialmente in Germania, dove così intensa elaborazione aveva avuto il pensiero giuridico nel secolo decimonono. Ed ancora dopo parecchi anni dalla unificazione politica, nel 1869, nell'assumere la direzione dell'*Archivio giuridico*, Filippo Serafini, poteva scrivere: « Culla della scienza del diritto all'epoca romana, sede del risorgimento dei buoni studi giuridici nel medio-evo, patria di profondi giuristi in ogni tempo, l'Italia si è riposata neghittosa sui mietuti allori, e lasciò passare senza contesa alle vicine nazioni quel primato che aveva un dì formato la sua gloria più bella... da molti anni, l'Italia, fatte poche illustri eccezioni, non dà segno di vita nel campo del pensiero giuridico » (2).

Ciò, tuttavia, non vuol dire che alcuni buoni germi non vi fossero. Erano, qua e là, alcuni dotti uomini, che davano opera con vigore d'ingegno agli studi di diritto privato e pro-

(1) *Verm. Schriften*, IV, pag. 311.

(2) SERAFINI, *Arch. giur.*, III (1869), pag. 229.

cessuale; cito, fra gli altri, Giuseppe Pisanelli, Antonio Scialoja, Nicola Rocco, Matteo Pescatore. Ma l'ambiente sociale non era favorevole ad un lavoro fruttuoso: mancava poi soprattutto l'opera collettiva e continua senza la quale anche gli sforzi di talune menti privilegiate, di cui l'Italia nostra non ha mai avuto difetto, rimangono manifestazioni isolate e prive di influenza sul progresso della scienza mondiale. Questa opera collettiva e continua non era possibile, principalmente perchè l'Università, a cui spetta appunto il compito di diffondere la cultura, di fornire mezzi per la ricerca, di migliorare il metodo dell'indagine, viveva miseramente del tutto fuori delle grandi correnti del pensiero scientifico internazionale.

I primi segni del risveglio seguirono l'unità politica.

Conquistata la libertà di discussione e di critica, calmata la febbre delle cospirazioni e delle lotte, reso possibile, con l'ottenuta indipendenza politica, un più ponderato giudizio sulla cultura e sulla scienza straniera, l'ambiente era divenuto di assai più propizio ad un miglior sviluppo della scienza del diritto. Le Università che avevano intanto ottenuto dalla Legge Casati un assetto, intorno al quale ancora oggi deve esprimersi un giudizio favorevole, compresero l'importanza del compito loro spettante nella rinnovata società italiana. E nelle Università ebbe inizio il movimento destinato a rifare la nostra cultura giuridica; nelle Università fu preparato, ed in buona parte compiuto, il lavoro che era divenuto più urgente, dopo tanti e tanti anni di neghittoso isolamento scientifico: la assimilazione della cultura straniera. La creazione di una scienza giuridica italiana, la partecipazione attiva della patria nostra ai progressi della scienza del diritto, sarebbero state vane speranze, fino a che in Italia si fosse continuato ad ignorare ciò che si faceva oltralpe, nel campo del pensiero giuridico. Prima di creare e per potere creare, i giuristi italiani dovevano incominciare con l'apprendere.

Il primo periodo del rinnovamento degli studi del diritto



in Italia è, dunque, di necessità un periodo di *assimilazione*. Il compito che gli studiosi italiani del diritto privato si proposero nel ventennio che seguì il sessanta, fu quello di impadronirsi della cultura giuridica straniera, e particolarmente tedesca, di apprendere e divulgare i metodi di ricerca, di creare la passione e l'abitudine dell'indagine scientifica.

I pochi studiosi, che già prima del sessanta con l'insegnamento e con gli scritti si adoperarono per accrescere la cultura giuridica nazionale, facendo conoscere agli italiani ciò che si era fatto e si stava facendo in Germania (cito, fra gli altri, il Conticini a Pisa, il Polignani a Napoli, il Bellavite e il Serafini a Pavia), non avevano potuto esercitare che una scarsa influenza sul movimento scientifico italiano. Il loro piccolo numero, la difficoltà e le diffidenze d'ogni genere donde erano circondati rendevano presso che sterile l'opera loro. Soltanto negli anni che seguirono la costituzione del regno d'Italia le fatiche di questi valentuomini cominciarono a fruttificare. Non solo il loro numero si accrebbe, ma il lavoro di ciascuno si intensificò e l'opera di tutti si andò coordinando e divenne più organica e sistematica.

In questo rinnovato ardore di indagini, lo sforzo maggiore si appuntò — come sempre avviene nei periodi di rinnovamento della cultura giuridica — verso il diritto romano. Dalla Germania, nelle cui Università accorrevano i nostri giovani studiosi ad ascoltare l'insegnamento dei più celebri cultori del diritto romano, si appresero non soltanto i risultati della scienza, ma s'imparò e si divulgò il metodo della ricerca: ritornarono in fiore lo studio diretto delle fonti e quello della storia interna ed esterna del diritto. Questo lavoro, di cui l'impulso fu dato dalle Università, venne anche compiuto nell'ambito delle Università. Ed alla Università appartengono come professori ufficiali o come privati docenti tutti i volenterosi per merito dei quali l'Italia potè, nel volgere di pochi lustri, rinnovare completamente la sua cultura romanistica.

All'attività didattica si congiunge ora l'attività scientifica.

Nicola De Crescenzo vulgarizza nel *Sistema di diritto civile romano* i migliori risultati della scienza tedesca; Francesco Filomusi-Guelfi, con le traduzioni dei lavori del Keller e dello Scheurl e con le ricerche personali sul processo contumaciale, inizia, si può dire, presso di noi lo studio scientifico del processo civile romano; Francesco Schupfer espone, col completo possesso della letteratura nostrana e straniera, il diritto delle obbligazioni; Francesco Buonamici cogli studi sul *Poliziano Giureconsulto* dà un bell'esempio di ricerche originali sulla storia del diritto romano in Italia; con lo scritto sulle *legis actiones* dà opera alla conoscenza del processo civile romano; con molti studi critici e recensioni segue con vivo ardore i lavori dei giuristi tedeschi; Guido Padelletti, giovane di forte ingegno, di amplissima cultura, di sorprendente attività, troppo presto rapito alla scienza, in pochi anni con una serie di monografie, recensioni, articoli critici, e infine con un completo manuale di *Storia del diritto romano*, che fu presto tradotto, onore non isperabile fino a pochi anni prima, in lingua tedesca, dà un gagliardo impulso agli studi di storia del diritto romano (1).

In tutto questo fecondo movimento di pensiero due nomi vanno in modo particolare segnalati: Filippo Serafini ed Ilario Alibrandi. Questi due giuristi, che vissero nella stessa epoca (l'Alibrandi, nato nel 1823, era di soli otto anni più vecchio del Serafini), che coltivarono con pari ardore la stessa disciplina, il diritto romano, furono, per le qualità dell'ingegno e dell'animo, l'uno la perfetta antitesi dell'altro. Il Serafini, educato nelle Università germaniche, s'impadronì subito della cultura tedesca e del metodo di studio che aveva dato frutti così copiosi in Germania. Spirito liberale, sentì la necessità di un rinnovamento della nostra cultura giuridica, ed ebbe il merito grandissimo di vedere e seguire con fiducia e con fermezza la via, che poteva condurre a questa altissima meta. Assunta nel 1869 la direzione dell'*Archivio giuridico*,

(1) Cfr. BRUNS, *Krit. Vierteljahrschrift*, XX, 513 e segg.

rivista fondata l'anno innanzi da Pietro Ellero, la quale aveva durante il primo anno di vita dato veramente frutti non molto notabili, egli, mentre dalla cattedra spronava i giovani allo studio del diritto, e con cura amorosa incoraggiava quelli, che terminati i corsi universitari, dimostravano amore alla ricerca, con riviste critiche di scritti tedeschi, con riassunti e cenni bibliografici di monografie e trattati stranieri, con la traduzione arricchita di copiosissime indicazioni bibliografiche delle *Pandette dell'Arndts*, diffondeva in Italia la cultura romanistica e civilistica tedesca. Certo, il contributo originale che il Serafini recò allo studio del diritto romano non fu notevole, ma il suo nome resterà nella storia della nostra cultura giuridica come quello di un maestro eccellente, di un divulgatore alacre del metodo e dei risultati della scienza giuridica straniera; di un organizzatore geniale e fortunato, al cui impulso si deve in buona parte il rinnovamento degli studi di diritto romano in Italia.

Mentre il Serafini, direttore della più reputata rivista giuridica d'Italia, professore a Pavia, a Bologna, a Roma, a Pisa, acquistava fama di principe dei romanisti italiani, viveva ignorato a Roma Ilario Alibrandi, singolare figura di insegnante e di scienziato. Discepolo del Villani, sul cui insegnamento il Savigny aveva emesso il non certo favorevole giudizio che abbiamo ricordato, l'Alibrandi rinnovò completamente il metodo della ricerca negli studi di diritto romano. Profondo latinista e grecista, conoscitore meraviglioso delle fonti latine e greche di ogni genere, giuridiche e letterarie, dotto archeologo, studiò il diritto romano con quell'indirizzo storico critico, che doveva prevalere solo molti anni dopo. In un'epoca, in cui anche in Germania le menti dei giuristi più eletti si affaticavano in un'ermeneutica artificiosa, in cui ogni sforzo si dirigeva a cercare le più assurde conciliazioni fra i vari testi del *corpus iuris*, che si interpretava come può farsi di un codice moderno, l'Alibrandi rivolse i suoi studi verso la splendida giurisprudenza classica, i cui principi egli tentò di restituire nella loro genuina figura. A questo scopo egli

ricercò le alterazioni subite dagli scritti dei giureconsulti classici nella compilazione giustiniana, utilizzò le nuove fonti giuridiche, in ispecie le Istituzioni di Gaio ed i *frammenti vaticani*, e gli scrittori non giuristi, sfruttò le iscrizioni, illustrando ed integrando quelle che man mano erano messe in luce, adoperò le fonti greche, che, con meravigliosa intuizione, affermò contenere molti elementi classici degni di essere rilevati. In tal modo riuscì, molti anni prima del Lenel, a ricostruire singole parti dell'Editto, ventidue anni prima dell'Eisele dimostrò che il concorso delle azioni nel diritto classico si riconnette alla consumazione processuale e che nella compilazione giustiniana fu alterato mediante numerose interpolazioni dei testi antichi; sedici anni prima dello Ozyhlarz sostenne che tutta la materia dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede è stata diversamente disciplinata nel diritto giustiniano con una serie di interpolazioni dei testi classici, mentre il diritto classico dava senz'altro al proprietario di buona fede la irrevocabile proprietà dei frutti. Lo Alibrandi dunque non fu un precursore fra i romanisti italiani, lo fu anche fra i romanisti di tutto il mondo. Eppure questa mirabile tempra, che ignorando il tedesco, precorse anche la scienza tedesca, non ebbe, si può dire, alcuna influenza sul movimento scientifico italiano, e cade in una inesattezza storica l'Ermann chiamando la scuola italiana di diritto romano, scuola dell'Alibrandi. Uomo modesto, alieno dal rumore, e non dotato di alcuno spirito di combattività, l'Alibrandi, che fin dal 1849 insegnava come Professore nell'Università di Roma, si dimise nel 1870, in seguito alle pressioni del partito cattolico a cui per lunga consuetudine era legato. Così, per un cumulo di circostanze intrinseche ed estrinseche, ed anche per la natura del suo metodo e delle sue indagini, che di troppo sorpassavano la cultura dei suoi contemporanei e lo stato della scienza romanistica italiana ai suoi tempi, l'Alibrandi, per molti e molti anni, fu quasi completamente ignorato dagli stessi italiani. La modesta cattedra che egli occupava presso l'Accademia pontificia di conferenze storico-

giuridiche, non poteva dare alcuna diffusione al suo insegnamento, ed i non molti scritti, che la naturale ritrosia gli consentiva di pubblicare, erano inseriti in pubblicazioni troppo poco diffuse. Solo nell'ultimo periodo, quando incominciò a collaborare prima negli *Studi e documenti di storia e di diritto*, e poi nel *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, i suoi lavori furono apprezzati ed utilizzati. Ma era stato necessario, perchè l'opera dell'Alibrandi fosse conosciuta e prendesse il suo posto nello sviluppo organico della scienza italiana, che l'Italia rinnovasse, prima, la sua cultura romanistica! In questa constatazione è tutto il valore dell'opera dell'Alibrandi, ma vi è anche il lato manchevole che essa ebbe, cioè la scarsa influenza esercitata sul rinnovamento della cultura italiana.

Mentre questo intenso lavoro si compieva, nell'ambito del diritto romano, anche lo studio del diritto privato italiano dava segni promettenti di risveglio.

Qui il lavoro non fu certamente così intenso, ma ebbe forse un carattere di maggior originalità, ciò che del resto era una esigenza propria della materia. Se per il diritto romano era necessaria e sufficiente la assimilazione e divulgazione della cultura straniera, per il diritto civile e commerciale occorreva qualche cosa di più; almeno l'adattamento delle dottrine straniere al diritto vigente in Italia; naturale perciò che in questo adattamento la scuola giuridica italiana tendesse ad assumere una fisionomia più caratteristica. Tuttavia non mancò, e non doveva, anche nel campo del diritto privato odierno, il lavoro di diffusione e di divulgazione del metodo e degli studi stranieri.

In tal lavoro primeggia, anche qui, Filippo Serafini. Per molti e molti anni egli seguì con copiosissimi scritti bibliografici, inseriti nell'*Archivio giuridico*, il movimento degli studi di diritto civile e commerciale nel Belgio, in Olanda ed in Germania; promosse, come direttore dell'*Archivio*, la conoscenza della ricchissima letteratura tedesca, pubblicando recensioni e traduzioni; fornì, nelle note alla traduzione delle *Pandette dell'Arndts*, copiose indicazioni bibliografiche sulla

dottrina germanica. In questo lavoro il Serafini ebbe collaboratori quanti giovani in quell'epoca si dedicavano agli studi di diritto, ed a compiere queste modeste ma utili fatiche, egli incitava i discepoli e tutti gli studiosi che si rivolgevano a lui per aiuti e consigli. Fra i molti che, collaborando nell'*Archivio* concorsero con recensioni ed articoli critici, a diffondere presso di noi la cultura civilistica straniera, sono da ricordare il Maierini ed il Forlani: del primo sono notevoli le numerose ed ampie recensioni e riviste bibliografiche di opere tedesche: del secondo gli scritti critici sulle persone giuridiche e sul diritto di pegno.

Ma notevole anche fu il rinnovamento che si iniziò nel metodo della ricerca e della esposizione, nel campo del diritto privato odierno.

La grande somiglianza tra i codici di diritto privato vigenti in Italia prima della unificazione, e anche fra i nuovi codici promulgati nel 1865, ed i codici francesi, aveva da lunghi anni conferito presso di noi grandissima autorità agli scrittori francesi di diritto civile e commerciale. Il magnifico sviluppo della giurisprudenza francese nella prima metà del secolo XIX aveva come abbarbagliato i nostri giuristi: in modo che per lungo tempo si credette di non poter fare opera migliore che adoperare senz'altro gli scrittori francesi in più o meno ben fatte traduzioni, le quali in breve tempo inondarono il nostro mercato librario. La promulgazione del codice civile e del codice di commercio migliorò, ma non di molto, le condizioni della scienza civilistica italiana: alle semplici traduzioni si sostituirono trattazioni italiane calcate sul modello degli esempi francesi. Le imitazioni furono, come spesso accade, infelici, e dovevano esserlo infallibilmente, giacchè la dottrina francese doveva i suoi pregi migliori, la limpidezza delle soluzioni, lo spirito pratico, l'abbondanza dell'apparato giurisprudenziale, alla splendida e ricchissima giurisprudenza che si era formata nelle Corti e specialmente nella Cassazione di Francia, giurisprudenza piena di finezza, di senso pratico, di equità, la quale fornì alla dottrina fran-

cese un materiale ed una guida, che in Italia mancavano completamente.

Il rinnovamento operatosi negli studi di diritto romano, il contatto in cui per merito precipuo dei romanisti la scienza giuridica nostra entrò con quella tedesca, tutta informata ad uno spirito critico e sistematico ignoto alla dottrina francese, non fu senza influsso anche sullo svolgimento della nostra dottrina civilistica. Il mutamento qui avvenne più che lentamente, e ciò si comprende, se si consideri che, mentre lo studio del diritto romano era tutto o quasi tutto nelle Università, donde partì e dove si operò il rinnovamento della nostra cultura, quello del diritto civile e commerciale si compiva anche all'infuori delle Università, dove dominava ancora il metodo francese. Mentre dunque pullulavano i commentari, i trattati, gli articoli di giurisprudenza, nei quali tutta la trattazione consisteva nel riferimento delle opinioni di qualche scrittore francese ed in una esegesi pedestre, nelle Università andava germogliando il seme fecondo di un completo rinnovamento del metodo. Notevole fu, anche sotto questo aspetto, l'opera del Serafini, il quale non solo come insegnante e come direttore dell'*Archivio giuridico*, ma anche con contributi personali, quali lo scritto sul telegrafo in rapporto alla giurisprudenza civile e commerciale, e le numerose riviste critiche di giurisprudenza, si adoperò ad elevare gli studi di diritto moderno.

Un altro romanista, il Bellavite, professore prima a Pavia, poi a Padova, con l'insegnamento e con gli scritti, fra cui le eleganti e dotte *Note illustrative e critiche del codice civile italiano*, fu tra i primissimi ad introdurre nello studio del diritto civile il metodo sistematico, lo sfruttamento giudizioso del diritto romano, l'uso della letteratura germanica. Romanisti e civilisti ad un tempo furono anche Francesco Filomusi-Guelfi, prima docente privato a Napoli, poi professore all'Università di Roma; Cesare Nani, che tenne la cattedra di storia del diritto a Torino; Filippo Milone, libero docente e poi professore a Napoli. Il che prova come dal diritto romano venisse principalmente l'impulso al rinnovamento degli studi di

diritto privato moderno. Questo rinnovamento ebbe un contributo gagliardo, in un'epoca ancora di formazione, dall'opera di Carlo Francesco Gabba, professore di filosofia del diritto e di diritto civile a Pisa, ingegno robusto e versatile, che con svariate note, articoli, monografie e particolarmente con una opera sistematica di vasta mole, la *Teoria della retroattività delle leggi*, fu tra i più efficaci rinnovatori del metodo negli studi di diritto privato. Non ebbe invece cattedra un altro pioniere, Angelo Maierini, giurista lucido e acuto, conoscitore profondo della dottrina tedesca, autore di un trattato sulla azione revocatoria e di svariatissime recensioni, studi critici, monografie; morto a trent'anni, nel vigore delle forze e dello ingegno, quando dal molto che aveva dato si poteva arguire il moltissimo che avrebbe avuto da lui la scienza giuridica italiana. Neanche appartennero all'Università altri due eminenti civilisti, che fiorirono in questo periodo: Assuero Tarfufari e Giorgio Giorgi. Il metodo dell'indagine e della esposizione, per cui vanno segnalati i loro scritti, che si allontanano vigorosamente dalla pedestre imitazione dei commentatori francesi, rende l'opera loro di grande importanza per il rinnovamento degli studi di diritto privato.

Anche il diritto commerciale, in quest'epoca, comincia ad essere coltivato di proposito, con metodo più rigoroso, con più vasta ed esatta conoscenza del diritto comparato. Dalla scuola di Pavia, dove aveva insegnato Filippo Serafini, uscì Ercole Vidari, professore di diritto internazionale, poi di diritto commerciale in quella Università, che fu tra i pochissimi a studiare il diritto commerciale con metodo sistematico e con ampiezza di cultura economica e giuridica: il suo saggio sulla *cambiale*, gli scritti bibliografici e critici, e infine il vasto ed organico *Corso di diritto commerciale* iniziarono il rinascimento degli studi di diritto commerciale, che il risveglio dei nostri traffici faceva oramai sentire come una viva necessità della pratica. In quest'opera di rinnovamento vanno ricordati Alberto Marghieri, Adolfo Sacerdoti, David Supino, che nelle Università di Napoli, di Padova e di Pisa, con lo

insegnamento e con gli scritti, collaborarono alla formazione di una scuola italiana di diritto commerciale.

Il ventennio così trascorso in un vasto lavoro di assimilazione e di preparazione della cultura giuridica non soltanto fruttò qualche pregevole contributo della scienza italiana allo studio del diritto privato, ma — e fu questo il lato più importante e significativo del grande sforzo compiuto — preparò il terreno per la creazione di una scuola giuridica nazionale. L'opera di ricezione del primo ventennio dalla unificazione politica rese possibile l'opera di elaborazione indipendente del secondo ventennio.

S'intende che non conviene prendere alla lettera questa distinzione di epoche; il lavoro di assimilazione non si può dire certamente terminato con la prima, chè anzi rispetto a qualche ramo speciale del diritto, esso si è iniziato solo negli ultimi anni: così non sarebbe esatto affermare che nell'ultimo ventennio la scienza italiana del diritto si sia affermata vigorosamente con fisionomia propria in tutti i campi del diritto privato e della procedura: ciò che diremo mostrerà come molta strada ancora sia da percorrere per giungere a questa mèta. Ma resta, in ogni modo, indubitato, che il primo e più urgente lavoro per la restaurazione degli studi giuridici in Italia, la conoscenza e la diffusione della cultura straniera, fu in buona parte compiuto nel primo periodo; mentre nel secondo si inizia la formazione di una scuola italiana di diritto privato.

Anche nel lavoro di ricostruzione il posto d'onore spetta al diritto romano. L'assimilazione dei risultati ottenuti all'estero, in questo campo fu più completa ed intensa; l'indole di questa scienza, più ardua, più lontana dai bisogni della pratica, ma per ciò stesso, più adatta ad assorbire completamente l'attività dello studioso: il fascino naturale che esercita sugli italiani lo studio del più meraviglioso prodotto della civiltà latina, e soprattutto l'esser fioriti in questo tempo romanisti, che non furono solo scienziati valorosi, ma maestri appassionati e pazienti, tutto questo complesso di cause spiega il perchè della fortunata preminenza del diritto ro-

mano. Del resto le condizioni per uno sviluppo originale della scienza del diritto romano esistevano in questo periodo, ed era merito del lavoro fatto nel ventennio precedente l'averle create.

Antesignani e fattori importanti di questo movimento, che doveva condurre alla creazione di una scuola italiana di diritto romano, furono Vittorio Scialoja e Carlo Fadda. Scolaro del De Crescenzo, da cui derivò, più che il metodo di studio, il sentimento della nobiltà della scienza, e della grandezza del diritto romano (1), Vittorio Scialoja fu forse il primo a comprendere che era oramai giunto il tempo, per la scienza italiana del diritto, di affrancarsi dalla dipendenza straniera e di correre libera per la propria via. Quel singolare e finissimo spirito critico, che è stata sempre la più saliente delle sue facoltà, gli rese possibile, in mezzo all'universale venerazione per tutto quanto si faceva oltr'alpe, di reagire sulla stessa dottrina straniera, e di sottoporre anche questa ad una critica, da cui dovevano di necessità balzare gli elementi per la ricostruzione originale. E perchè era proprio questo che abbisognava ai nostri giuristi, non è esagerato dare a Vittorio Scialoja il merito di aver contribuito potentemente alla creazione di una scuola giuridica italiana. Dire di più dell'opera sua, assegnare a questa il posto che le spetta nel movimento del pensiero italiano contemporaneo, non è possibile oggi, mentre ancora tutti sentiamo la viva attrazione di un intelletto così potentemente dotato. Ma chi legga ciò che egli, a venticinque anni, scriveva intorno al problema ed al metodo dell'insegnamento universitario (2), non può meravigliarsi se la maggior parte dei romanisti che insegnano nelle Università italiane, e molti dei cultori delle altre discipline giuridiche, che coprono cattedre universitarie, siano effettivamente o si professino spiritualmente suoi discepoli.

(1) *Ricordo delle onoranze a V. Scialoja*, Prato, 1905, Discorso di V. SCIALOJA, pag. 20.

(2) SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del dir. rom. nelle Università italiane*, *Arch. Giur.*, XXVI (1881), pag. 486 e segg.

Il possesso completo della letteratura giuridica tedesca, che avrebbe assorbito e forse asservito un intelletto meno vigoroso, fu invece in Carlo Fadda ragione per dominare la scienza germanica, e per porsi di fronte ad essa, in una condizione di perfetta uguaglianza. Così egli potè, con una critica indipendente, percorrere da gran signore quasi tutto il campo del diritto romano e, tempra davvero gagliarda di giurista, usare dei nuovi metodi di esegesi, senza abusarne, opponendosi anzi ragionevolmente alle esagerazioni dei troppo facili improvvisatori. Come giurista egli ha avuto sempre squisito il sentimento del valore pratico del diritto romano, e fra i romanisti italiani contemporanei è forse quello, da cui più vigoroso impulso hanno ricevuto gli studi di diritto privato attuale.

La propaganda assidua ed entusiasta del Serafini, l'esempio dello Scialoja e del Fadda non furono senza frutto; chi già teneva il campo lavorò con più intensa lena: una schiera numerosa di giovani sorse a esplorare il mondo giuridico romano, con l'intento di portare alla sua conoscenza il contributo filiale del genio italiano; il movimento scientifico, intensificandosi, si fece più organico: lo stesso Alibrandi, che per tanti anni aveva lavorato isolato ed ignoto, fu attratto da questo movimento, vi si mescolò con nuova energia, prendendo fra i romanisti italiani il posto che gli spettava.

In questo periodo di febbrile lavoro va ricordata anzitutto l'opera di un illustre estinto: Contardo Ferrini. Poche vite furono così operose e così feconde di risultati, come quella di lui, scomparso a quarantatre anni, dopo aver fatto tanto per la scienza del diritto romano, che la metà sarebbe bastata a creare la fama di qualunque studioso. Per l'indirizzo delle sue ricerche e per l'indole della cultura, se non per la natura dell'ingegno che fu d'assai più fecondo, il Ferrini si può rassomigliare all'Alibrandi. Dottissimo filologo, profondo conoscitore della lingua latina e della greca, sovrano nella padronanza delle fonti, egli continuò l'indirizzo storico critico dell'Alibrandi. Lo studio del diritto greco, così importante

per la conoscenza del diritto romano, fu il primo lavoro a cui si accinse il Ferrini, e durante tutta la sua vita fu uno dei campi che coltivò con maggior predilezione e profitto. Egli contribuì, fra l'altro, vigorosamente a stabilire l'importanza delle fonti greche per lo studio del diritto romano classico. Delle fonti bizantine fu editore ed illustratore esemplarissimo: a lui si deve l'edizione della parafrasi delle istituzioni attribuita a Teofilo, a lui l'edizione degli scolii inediti dello Pseudo Teofilo e gli altri testi minori greco-romani, a lui unitamente al Mercati la scoperta e l'edizione di alcuni libri dei Basilici, che formarono il libro VII da essi aggiunti all'edizione dell'Heimbach; a lui ancora ed al Mercati l'edizione dell'Heimbach, a lui la traduzione del libro romano-siriaco. Tale fama egli acquistò per la conoscenza delle fonti bizantine, che lo Zachariae von Lingenthal, principe di questi studi, volle il Ferrini continuatore dell'opera propria e lo lasciò erede di tutti gli studi e dei manoscritti che aveva preparati. Nè di minore importanza che nel campo delle fonti, è l'opera del Ferrini in quello della storia interna e della dottrina del diritto romano. I suoi lavori sul diritto penale romano sono fra i migliori che siano stati pubblicati anche all'estero, e del suo *Trattato di diritto penale romano*, inserito nella *Enciclopedia* del Pessina, può dirsi, vanto a cui pochi potrebbero aspirare, che per taluni rispetti esso è superiore allo stesso trattato del Mommsen. I numerosissimi scritti di diritto privato romano, in ispecie il volume sui *legati*, e soprattutto l'eccellente manuale di *Pandette*, sintesi mirabile per precisione e concisione, costituiscono un formidabile contributo, di cui la scienza romanistica deve essere riconoscente all'Italia.

A questo lavoro, così considerevole, si deve aggiungere quello che una falange intera di studiosi andava contemporaneamente compiendo nei vari campi del diritto romano. Nel campo delle interpolazioni lavorano, con risultati sicuri e subito apprezzati, Muzio Pampaloni, coi suoi belli ed originali studi sul delitto di furto; Alfredo Ascoli che collo scritto

sulle *obbligazioni solidali*, risolve, contemporaneamente all'Eisele, un problema che aveva formato sino ad allora un enigma insolubile; Carlo Longo e Flaminio Mancaleari, il primo specialmente coi suoi lavori sulle *servitutes* e sull'origine della successione particolare, il secondo con gli scritti sulla *reivindicatio utilis*. Nel campo storico e dommatico, Pietro Bonfante dà una nuova, geniale concezione dell'eredità romana, che riverbera viva luce sugli istituti romani della famiglia e dell'eredità, e deve contarsi tra i migliori contributi della scuola italiana alla conoscenza del diritto romano; Silvio Peruzzi con gli scritti sulla massima *fructus servitutis esse non potest*, sull'editto publiciano, sul concetto delle obbligazioni romane, avanza congetture sempre geniali, talora accettate come vere e definitive, su concetti o questioni fondamentali; Giovanni Pacchioni, con riferimento al diritto moderno, studia la *negotiorum gestio*, e i contratti a favore di terzi; Francesco Schupfer, con lo scritto sulle singrafe e sui chirografi, illumina di molta luce la vita giuridica dei romani. Nel campo più propriamente storico Biagio Brugi studia in un libro aureo la dottrina dei *gromatici* in confronto con quelle dei Digesti, portando molta luce su tutto ciò che si riferisce alla divisione del suolo, alle vie, fiumi, ecc.; due insigni storici non giuristi, Ettore Pais ed Ettore De Ruggiero, illustrano genialmente le istituzioni primitive in Roma. Nel campo della storia e della critica delle fonti Salvatore Riccobono impegna a studiare sistematicamente le opere e le dottrine dei giureconsulti classici, e continuando l'opera di Alibrandi e di Ferrini, ricerca il contributo del diritto greco alla formazione del diritto romano classico.

E ciò senza contare gli altri molti, le cui opere non è possibile qui menzionare, e che nel campo della storia, della esegesi, della dommatica, nello studio delle fonti latine e greche, nelle ricerche papirologiche, dettero all'Italia un posto eminente fra le nazioni del mondo, nello studio del diritto di Roma. Ricordo soltanto i nomi di taluni dei più fecondi e benemeriti: Gino Segrè, Carlo Manenti, Federico Patetta,

Cesare Bertolini, Emilio Costa, Siro Solazzi, Salvatore di Marzo, Giovanni Baviera, Roberto De Ruggiero, Pier Paolo Zanzuechi.

In questo intenso movimento un fatto importante va segnalato: si riprendono le edizioni delle fonti, segno sicuro di risorgimento degli studi romanistici. Si pubblica una nuova edizione critica del Digesto, giunta oramai al XXVIII libro, si stampa un manuale di fonti, comprendente la giurisprudenza antegiustiniana, le leggi, senatoconsulti, costituzioni ed infine la versione latina del Ferrini del libro romano-siriano; infine si riproduce in fotopia il famoso manoscritto fiorentino delle Pandette.

Nell'ambito del diritto privato attuale il cammino percorso non fu così rapido, come in quello del diritto romano. Il diritto civile manca della universalità propria del diritto romano, che tanto favorisce lo scambio e la diffusione delle idee e dei risultati. Nel diritto civile il lavoro di assimilazione non è lavoro di mera ricezione, ma di adattamento: se esso quindi dà adito a qualche maggiore originalità, è anche necessariamente più lento. Nel diritto civile inoltre il compito della scuola nazionale è incomparabilmente più vasto; non si tratta più di contribuire al progresso di una scienza mondiale; si tratta di elaborare completamente, senza l'ausilio diretto della scienza straniera, tutto un corpo vastissimo di dottrine. Ciò spiega come, sebbene il lavoro fatto nel campo del diritto civile non sia stato meno intenso di quello fatto nel campo del diritto romano, la elaborazione scientifica di tutto il diritto civile italiano debba ancora dirsi incompiuta. Tuttavia anche qui i progressi sono stati grandi ed innegabili.

I pochi solitari che nel periodo antecedente studiavano scientificamente e sistematicamente il diritto civile, divengono in questo periodo una folta e vigorosa schiera: si acquista la coscienza del metodo e se ne inizia la divulgazione. Ed appunto con una polemica intorno al metodo si apre questo periodo. Un giovane giurista meridionale, Emanuele Gianturco, disputando sulla questione del metodo negli studi di

diritto civile (1), delinea, con molta precisione e chiarezza, il compito della scuola italiana di diritto civile; trarre dalle nuove correnti della vita politica e sociale gli elementi vivificatori dell'indagine giuridica e questa condurre con metodo sistematico, sostituendo, all'arida casistica ed al commentario pedestre, la ricerca delle linee generali e direttive degli istituti. Al Gianturco fanno eco Gian Pietro Chironi e Vittorio Polacco.

Queste polemiche non furono senza influsso sugli studi civilistici. La nuova scuola italiana di diritto civile si afferma appunto nell'indirizzo preconizzato dal Gianturco, dal Chironi e dal Polacco. Usando del metodo sistematico, condotto dai giuristi tedeschi a squisito grado di perfezione, i civilisti italiani di questo periodo si guardarono dal formalismo eccessivo e dalle astruserie metafisiche della dottrina tedesca; è merito della scuola italiana l'avere accoppiato, all'uso delle generalizzazioni e della sistemazione, lo studio dell'elemento sociale del diritto, una visione più netta della funzione pratica della giurisprudenza.

In questa direttiva generale il lavoro è stato assiduo e fecondo. Mentre il Gabba e il Filomusi-Guelfi continuavano nell'opera felicemente intrapresa, il primo con una moltitudine di monografie e note, raccolte poi in tre volumi di *questioni di diritto civile*, il secondo pure con molte note e con gli scritti sul diritto di successione, nuove e gagliarde forze entravano in campo. Fra i pionieri sono da menzionare Gian Pietro Chironi, che nei volumi sulla *colpa* e in quelli sui *privilegi e le ipoteche*, tratta con copia di dottrina e vigore d'ingegno argomenti ardui e nuovi in Italia all'indagine scientifica; Vittorio Polacco, che con gli studi sulla divisione d'ascendente, sulla dazione in pagamento, e con molti scritti minori, indaga con precisione di concetti, con larga cultura, con fine intuito pratico, i più svariati ed ardui problemi del diritto

(1) GIANTURCO, *Gli studi del diritto civile e la questione del metodo nel Filangieri*, 1881, 722, 724.

civile; Emanuele Gianturco, felicissima tempra di giurista teorico e pratico che, col lavoro *delle fiducie*, col primo volume di un *Sistema di diritto civile* rimasto, purtroppo, incompiuto, con la prolusione su *l'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, dimostra come lo studio del sistema non possa andar disgiunto dall'analisi dell'elemento pratico del diritto (1).

Un ricordo speciale meritano anche qui due chiari ingegni anch'essi come il Gianturco troppo presto rapiti agli studi: Enrico Cimbali e Ferdinando Bianchi; il primo, pieno di giovanile fervore, propugnò nei suoi volumi sulla *nuova fase del diritto civile*, sul *possesso per acquistare i frutti*, sulla *capacità di contrattare*, il rinnovamento della legislazione e della scienza del diritto privato sulla base delle nuove esigenze sociali; il secondo, con gli scritti sul *pegno commerciale*, sulle *servitù legali*, e con una quantità di note, piccole monografie, pur preferendo l'indirizzo esegetico al dommatico, vi seppe portare tanto rigore di metodo e tanta abbondanza di dottrina, da riuscire civilista, sotto molti rispetti, eccellente.

A questi che furono i primi fondatori e primi cultori della nuova scienza italiana del diritto civile, si aggiunge ben presto un manipolo valoroso di lavoratori. Vincenzo Simoncelli con una serie numerosa di scritti, fra cui particolarmente notevoli quelli sulla *destinazione del padre di famiglia*, sull'*enfiteusi*, sulla *locazione*, sulla *custodia*, adopera l'osservazione della odierna vita sociale per vivificare l'indagine giuridica, condotta sempre con la disciplina di un metodo rigoroso; Giacomo Venezian, con la monografia sull'*usufrutto*, con lo scritto sul *danno e risarcimento* allarga gli orizzonti della trattazione giuridica sfruttando una serie di materiali nuovi desunti dall'analisi economica e storica, dallo studio della giurisprudenza inglese e americana; Nicola Coviello, scrivendo sui *giudicati di stato*, sul *mandato qualificato*, sul *contratto*

(1) V. POLACCO, *In memoria di E. Gianturco*, negli *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere e arti*, Venezia, 1907.

estimatorio, sul *caso fortuito*, sulla *successione dei debiti*, sulla *trascrizione*, sulla *responsabilità senza colpa*, affronta con vigorosa analisi argomenti ardui, e colma ogni volta una lacuna nella letteratura civilistica italiana; Luigi Tartufari, con larghezza d'indagini reca un contributo notevole alla sistemazione, ancora troppo poco progredita in Italia, della parte generale del diritto privato delle obbligazioni, con le monografie sui *contratti a favore di terzi* e sulla *rappresentanza nella conclusione dei contratti*; Leonardo Coviello, con le monografie sui *contratti preliminari*, sulla *vendita a prova*, sulla *quota indivisa*, sul *possesso dell'alienante*, e con molti altri articoli e note, percorre zone poco esplorate del diritto civile con quel sentimento squisito del diritto, che fa di lui il tipo del giureconsulto pratico, nel significato più genuino e più nobile della parola; Bartolomeo Dusi scrive sull'*eredità giacente*, sulla *successione nel possesso per atto tra vivi*, sulla *filiazione*, con vigoria di analisi giuridica e sicurezza di criterio filosofico; Ludovico Barassi ricostruisce, con ricchezza di materiali dottrinali e giurisprudenziali, la disciplina giuridica del *contratto di lavoro* nel vigente diritto positivo, sciogliendo uno dei *desiderata* della scienza civilistica.

Taluni valenti romanisti e storici vengono, in questo periodo, ad accrescere la falange degli studiosi intenti a creare la nuova scienza italiana del diritto civile; Carlo Fadda insieme al civilista Paolo Emilio Bensa traduce le *Pandette del Windscheid* arricchendole di bellissime *note* sul diritto vigente, da cui gli studi di diritto civile hanno avuto vigoroso impulso; Carlo Manenti scrive sul *gioco e sulla scommessa*, con acutezza e copia di dottrina; Alfredo Ascoli tratta l'argomento delle donazioni; Biagio Brugi pubblica un compendio di *istituzioni di diritto civile* pregevole sotto vari aspetti; Francesco Ruffini reca un contributo eccellente alla difficile teoria delle persone giuridiche. Nè qui si arresta l'attività dei civilisti italiani, fra cui, senza togliere nulla al merito degli altri, mi piace ricordare, fra i giovani, Giuseppe Messina e Francesco Ferrara.

Meno intenso, come comportava la materia assai più ristretta, ma più vigoroso e forse più organico, fu il lavoro compiuto nel campo del diritto commerciale. Già vedemmo come nel periodo antecedente fosse stato assunto specialmente dal Vidari, il compito di restituire a dignità di scienza lo studio del diritto commerciale. Il terreno era assai ben preparato perchè il germe fecondo fruttificasse. Lo spirito eminentemente pratico del popolo italiano, le belle tradizioni che aveva in Italia il diritto mercantile, sorto appunto in Italia, dove fiorì anche in secoli di decadenza degli studi giuridici, il risveglio dei traffici che si andò iniziando, dopo superata la crisi economica che seguì l'unificazione politica, costituivano un complesso di condizioni assai favorevoli per uno svolgimento vigoroso ed originale di questa scienza.

Mentre il Vidari compiva la pubblicazione del suo *Corso di diritto commerciale* e ne moltiplicava le edizioni, mentre il Supino seguiva con assidua attenzione i lavori preparatori del nuovo codice di commercio, mentre il Marghieri esponeva con semplicità e chiarezza l'organismo del nuovo diritto commerciale italiano, mentre il Sacerdoti, con articoli e piccole monografie, sperimentava in vari temi il suo robusto ingegno di giurista, nuove, promettenti energie accorrevano nel campo del diritto commerciale a recare un contributo gagliardo alla formazione di una scuola italiana. Lucio Papa D'Amico si rivolge alla storia del diritto commerciale; Leone Bolaffio — vigoroso ingegno — commenta sagacemente alcuni titoli del codice di commercio e in una moltitudine di monografie e note a sentenze illustra, con interpretazione spesso fortunata, i punti più controversi della nuova legislazione commerciale. Ulisse Manara lavora con precisione di concetti giuridici nel campo quasi inesplorato del diritto ferroviario; Luigi Franchi studia lo svolgimento del diritto commerciale, e tratta con acume punti importanti del diritto delle assicurazioni e del diritto industriale.

Ma lo scrittore, che della nuova scuola italiana riassume

più complete figure di giurista dell'Italia contemporanea, che ha lasciato davvero un'orma non cancellabile in quest'ordine di studi: Gustavo Bonelli, di cui il *Commento sul fallimento*, e gli studi sulle società e sui titoli di credito sono tra le più vigorose e profonde trattazioni della nostra letteratura giuridica. Al Bonelli spetta il merito di aver affermato e propugnato, con risultati sotto ogni aspetto eccellenti, la necessità di un indirizzo più strettamente sistematico nello studio del diritto commerciale.

Non così fortunato come le scienze sorelle fu il diritto processuale, di cui veramente più per ragioni di connessione che di appartenenza io mi occupo, in questa rapida rassegna storica, che concerne principalmente il diritto privato.

Le cause di questo più imperfetto sviluppo non sono difficili a rintracciarsi: da un canto il falso concetto che lo studio del processo non appartenga tanto alla scienza del diritto, quanto alla pratica del foro: dall'altro l'intima connessione del diritto processuale con gli altri rami del diritto pubblico, a cui propriamente appartiene, e che rendeva impossibile la costituzione in Italia di una scienza del diritto processuale, sino a che non si fosse elevato a dignità di scienza lo studio del diritto pubblico, per tanti anni in Italia divagante nelle vacue e nebulose generalità sociologiche e politiche. La bella eredità lasciata da Antonio Scialoja, Giuseppe Pisanelli e Pasquale Stanislao Mancini, i quali nel loro *Commentario del Codice di procedura per gli Stati Sardi*, dettero un saggio per i tempi meraviglioso, di trattazione scientifica della procedura, non fu, si può dire, raccolta, dalla rinnovata scienza italiana del diritto. Nè l'ingegno profondo del Pescatore, tutto pregno di una filosofia antiquata anche per i suoi tempi, riuscì a dare un concetto organico del processo. Gli studi processuali consistettero dunque in meschine esegesi del codice; e neppure si iniziò per la procedura quel lavoro di divulgazione della dottrina tedesca che, con così largo profitto, si andava invece compiendo nei vari rami del diritto privato.

Di tanto più notevole appare perciò l'opera di un proce-

durista che fu ignoto a molti: Domenico Viti, professore all'Università di Napoli. Eppure il suo *Commento sistematico sul codice di procedura*, scritto con profonda conoscenza della storia e della letteratura, concepito largamente, rimane anche oggi tra le migliori opere sul codice di procedura vigente e meriterebbe una diffusione assai maggiore, di quella che gli abbia consentita la modestia eccessiva dell'autore a cui faceva purtroppo difetto una delle qualità indispensabili dello scienziato, la virtù di propagare le proprie idee e il proprio metodo di ricerca.

Per queste ragioni e mentre si moltiplicavano i commenti pedestri e le meschine controversie esegetiche, mancarono per lunghi anni gli studi scientifici sul diritto processuale. Il primo compiuto trattato sistematico scritto sul codice di procedura italiana, quello del Mattiolo, pur esso pregevole sotto vari aspetti, ma difettoso totalmente dal lato dell'indagine storica e dei concetti fondamentali sull'essenza del processo, sulla sua natura, sulla costruzione dei rapporti processuali, se poté costituire una buona guida pei pratici, poco o punto servì a far progredire la scienza.

Il primo tentativo di sistemazione scientifica del diritto processuale fu quello di Lodovico Mortara, professore a Pisa e a Napoli, ora procuratore generale alla Cassazione di Roma. Questo grande giurista comprese che il segreto per la sistemazione scientifica del processo, sta nel ricollegarne le nozioni ai principi fondamentali del diritto pubblico, e con sicurezza meravigliosa di intuito si accinse a un'alta opera di ricostruzione completa nel *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, trattato sistematico di vasta mole, dove è messo in evidenza per la prima volta in modo esauriente il lato pubblicistico del processo, ne sono rilevati i nessi col diritto costituzionale e amministrativo, e si trae finalmente il diritto processuale dalla morta gora dell'esegesi.

Dopo l'impulso dato dal Mortara le ricerche scientifiche nel campo processuale si intensificano: si sfrutta la dottrina straniera, si approfondisce l'indagine storica, indispensabile in

questa scienza più che in ogni altra, per intendere gli istituti del diritto vigente. Antonio Castellari, professore a Genova e a Torino, studia con larghezza di indagini storiche e copia di dottrina, la materia della *competenza*; Giuseppe Chiovena, professore a Parma, a Bologna, a Napoli, a Roma, reca preziosi contributi alla storia del processo, orienta con lo scritto sull'*azione* la dottrina italiana su alcuni problemi fondamentali del diritto processuale, e nel *Manuale di diritto processuale* illumina di nuova luce, col sussidio della dottrina tedesca, tutti gli istituti del processo; Federico Cammeo ricostruisce con vasto disegno il sistema della giustizia amministrativa; Francesco Menestrina con gli scritti sull'*esecuzione* e sulle *questioni pregiudiziali* mette più vivamente a contatto con la dottrina italiana la scienza e la legislazione germanica. Così lo studio del diritto processuale, anche per opera di altri benemeriti risorge a dignità di scienza.

Questa la ingente mole di lavoro compiuto, nell'ultimo cinquantennio. Sul quale varie cose sono da osservarsi.

Anzitutto la parte preponderante, anzi, quasi assorbente avuta in essa dalle Università. Il che torna certamente ad onore di questi centri di cultura e dimostra che, malgrado tutto, l'istituto universitario risponde al suo compito scientifico. Ma è, d'altro canto, indizio di una deficienza che non può non ripercuotersi sfavorevolmente sullo sviluppo della scienza e della pratica del diritto in Italia. L'assenza quasi completa dei pratici dal campo del lavoro e della lotta per la creazione di una scuola giuridica italiana, ha, in parte, reso vano lo sforzo degli studiosi. Salve alcune notevoli eccezioni, la giurisprudenza italiana è rimasta quasi estranea a questo movimento, ed è anche torto della dottrina il non aver saputo trascinarvela che scarsamente. Non mancano invero i segni di un promettente risveglio anche sotto questo punto di vista, ma la separazione fra scienza e pratica è stata quasi completa fino a poco tempo fa e non è certo finita. Mentre la dottrina si rinnovava, la giurisprudenza rimaneva fedele ai vecchi esegeti e ingombrava le sue decisioni coi vecchi detriti

delle polemiche dei commentatori francesi. Non voglio indagare da quale parte sia il torto; ma questa separazione d'intenti e di metodi dimostra che la scienza non ha raggiunto ancora completamente uno dei suoi scopi fondamentali: quello di costituire una guida sicura per l'applicazione pratica del diritto.

Del resto questa specie di isolamento, in cui la dottrina si è ridotta (e qui è un altro lato manchevole del movimento), si manifesta anche nel campo legislativo. La nuova scienza italiana del diritto privato non ha dato che una sola legge importante: il codice di commercio; e non si può dire che abbia saputo imprimervi un'impronta di originalità. Tutto il resto del movimento legislativo (salvo poche eccezioni, e metto fra queste due riforme che non hanno raccolto il consenso universale, la legge sul procedimento sommario, e l'altra sul concordato preventivo e i piccoli fallimenti) non ha sentito che poco o punto l'influsso della elaborazione scientifica che si veniva compiendo.

Infine non si deve nascondere che il progresso degli studi giuridici non è stato uguale in tutti i campi. Molto intenso nel campo del diritto romano, dove non è forse vana la speranza che sia per ritornare all'Italia quel primato negli studi romanistici, sfuggitole da tanti secoli; abbastanza notevole nel campo del diritto commerciale, dove la innegabile decadenza della dottrina francese e tedesca ha dato maggior risalto al promettente risveglio della nostra, esso non è stato sufficientemente rapido nel campo del diritto civile. Zone intere di questa scienza non sono ancora state esplorate con metodo scientifico: mancano, a tacer d'altro, studi approfonditi sui contratti speciali e sul diritto di famiglia. Ma soprattutto è torto grave della dottrina civilistica italiana il non aver saputo dare un trattato completo di diritto civile che valga ad orientare ed illuminare i pratici.

Molto cammino si è fatto. Molto rimane ancora da percorrere. Lo sguardo al lavoro compiuto non deve essere fonte di sterile soddisfazione, ma deve servirci di incitamento a fare più e meglio, come dobbiamo e possiamo.

LO SVILUPPO DEL DIRITTO COMMERCIALE
NELL'ULTIMO CINQUANTENNIO (*)

(*) « *Atti della Società italiana per il progresso delle Scienze* », Roma, 1912.

Verso la metà del secolo XIX il predominio scientifico legislativo e giurisprudenziale nel campo del diritto che regola l'attività mercantile spettava indubbiamente alla Francia; anche in questo campo l'opera insigne della codificazione aveva assicurato alla Francia una supremazia, di cui non pochi riflessi sono ancora oggi sensibili. Non già che il *Code de commerce* del 1807 fosse l'espressione di un pensiero giuridico originale: al contrario, il diritto che esso sanzionava, era, rispetto alla Francia, una creazione prevalentemente straniera, anzi, per essere esatti, prevalentemente italiana. Come ben diceva uno dei più geniali commercialisti francesi, il Frémery, nella storia del diritto commerciale, da qualunque punto si parta, sempre si arriva all'Italia. Ma le istituzioni e le regole, elaborate dalle città commerciali italiane nel medio-evo, e passate in Francia durante i secoli XV e XVI, trovarono nel Codice di commercio napoleonico una formulazione completa, semplice e sistematica, e nella fortuna delle armi e delle idee francesi il mezzo per fare le conquiste del mondo. In tal modo, nella prima metà del secolo XIX, il Codice di commercio francese era penetrato, o nella sua forma originale, o in riproduzioni che poco se ne discostavano, in quasi tutta l'Europa e negli Stati dell'America meridionale, mentre si affermava dovunque il predominio della dottrina e della giurisprudenza commercialistica francese. Fortuna anche questa ben meritata, perchè l'elaborazione scientifica e pra-

tica del diritto commerciale era stata, in Francia, durante i primi cinquant'anni del secolo, intensa e feconda. La via era stata aperta dalla giurisprudenza, non solo dei Tribunali di commercio, dove, accanto ai magistrati, sedevano uomini di affari e commercianti, ma anche delle Corti d'appello e della Cassazione, dove la giustizia era amministrata da uomini insigni, che erano spesso a un tempo magistrati dottissimi e cultori famosi della scienza del diritto. Si era così formata una giurisprudenza imponente, mirabile per acume e per senso pratico, dalle decisioni precise, semplici e nette, che aveva in modo meraviglioso adattato le regole scritte alle esigenze sempre crescenti e sempre mutevoli dei traffici. Questa giurisprudenza aveva fornito materiali preziosi ed era stata in parte la base di un movimento dottrinale davvero splendido, in cui tutti gli elementi della indagine giuridica erano stati utilizzati con una sagacia e una finezza, che si deve ancor oggi ammirare. Mentre in Germania ferveva la disputa tra i seguaci della scuola storica e quelli della scuola filosofica, e dal contrasto il diritto commerciale attendeva ancora la spinta ad un rinnovamento fecondo, in Francia il metodo storico, l'esegetico e il dommatico saggiamente temperati, avevano costruito su solide basi la scienza del diritto commerciale francese. Le fonti storiche del diritto commerciale erano state esplorate con molto acume e diligenza dal Pardessus e dal Frémery; il Vincens aveva illuminato i principî giuridici con l'esperienza della vita commerciale; il Massé aveva dato una robusta e profonda trattazione del diritto commerciale vigente, dal punto di vista dommatico e sistematico; il PARDESSUS aveva riassunto con brevità scultorea la dottrina commercialistica contemporanea; il Bravard-Veyrières aveva con critica sottile e profonda riveduto e rinnovate tutte le dottrine dominanti nel campo del diritto dei traffici. Monografie, commentari, dizionari, riviste di giurisprudenza avevano accumulato un materiale vastissimo di studio e di ricerche; la scienza francese del diritto commerciale durante i primi cinquant'anni del secolo si era insomma signorilmente prodigata

in tutti i campi, lasciando in taluni tracce non cancellabili. Per ciò che concerne, ad esempio, il diritto marittimo e il fallimento, essa non è neppur oggi invecchiata.

Non molto felici furono invece, durante quasi tutta la prima metà del secolo XIX, le condizioni degli studi commercialistici in Germania. Mancò non solo, fino alla redazione dell'ordinanza cambiaria del 1847, ogni tentativo di codificazione del diritto privato civile o comune. In mezzo al moltiplicarsi di studi e di indagini, che la scuola storica aveva provocato in quasi tutti i campi del diritto, solo il diritto commerciale rimase negletto. Nella letteratura scientifica, il diritto commerciale non aveva trattazioni autonome, ma era esposto brevemente nei manuali di diritto civile. Nelle Università esso era studiato come parte del diritto privato tedesco, in un corso di poche settimane.

Ma se in Germania la condizione peggiore in cui versavano gli studi commercialistici costituiva una deplorabile eccezione in mezzo al rifiorire della scienza del diritto in tutti gli altri suoi campi, e tutto era preparato per un imminente risveglio anche in quello del diritto commerciale, in Italia invece la condizione delle cose era di assai più grave e starei per dire disperata. Da noi infatti, non la sola scienza del diritto commerciale, ma tutta la scienza del diritto era, salvo poche eccezioni, in crisi. In un mio scritto recente, esponendo i progressi compiuti presso di noi nel campo del diritto privato durante l'ultimo cinquantennio, ho ricordato, sulla testimonianza di un osservatore autorevolissimo, imparziale ed amico della patria nostra, Federico Carlo Di Savigny, in quali condizioni miserevoli versassero ancora, intorno al 1850, gli studi giuridici in Italia. Non è perciò a meravigliare se pure gli studi di diritto commerciale, che avevano avuto in Italia periodi di vera floridezza, fossero ridotti a riproduzioni servili e non di rado sconnesse di mal digerite dottrine francesi. Imperando nelle varie parti d'Italia Codici che erano o traduzione o imitazione del *Code de commerce*, è ben naturale che la ricchissima e splendida giurisprudenza francese facesse testo

e rendesse impossibile il sorgere di una scuola nazionale di diritto mercantile. Mentre il secolo XVIII si chiudeva coi nomi, ancor oggi ricordati con onore, di Azuni, di De Jorio, di Baldasseroni, a partire dai primi anni del XIX secolo, fino al 1850, non incontriamo, se si eccettua forse il trattato del Cesarini, un solo scritto di diritto commerciale che valga oggidì la pena di un ricordo. Pochi, anche fra i competenti, conoscono in verità i nomi del Reale, dello Zucadelli, del Salvi, del Castelli, del Corti, del Dalluscek, del Castellano, del Portula, di Sassi, e Montagnini, del Paroletti, di Albertazzi e Praxa, del Bronzini, che tutti scrissero trattati, commenti e dizionari in materia di diritto commerciale, meritamente condannati all'oblio!

In queste condizioni si apre il periodo storico che vogliamo particolarmente considerare: predominante la scienza e la legislazione francese; bambina, ma prossima alla rinascita, la scienza tedesca del diritto commerciale; stremata e ancor lontana da ogni speranza di rifiorimento la già gloriosa dottrina commercialistica italiana.

Come il periodo antecedente può dunque giustamente chiamarsi il periodo francese, questo di cui parliamo deve invece intitolarsi dal nome della Germania.

La Germania, era, per varie ragioni, molto ben preparata ad un rigoglioso sviluppo del diritto commerciale. La rinascita degli studi giuridici, dovuta, in ispecial modo, ai seguaci della scuola storica, aveva dato agli studi di diritto privato un impulso considerevole, e la scienza tedesca del diritto privato che contava già nomi come quelli del Savigny, del Puchta, dell'Hugo, del Millermanei, del Beseler, non poteva non rivolgere la sua attenzione al campo fino ad allora trascurato, ma pur così promettente, del diritto commerciale. D'altro canto necessità pratiche di primo ordine ve la spingevano; il commercio tedesco si sviluppava gagliardamente e richiamava su di sè l'attenzione dei legislatori e dei giuristi. La nuova èra del diritto commerciale germanico si iniziò adunque vigorosamente tra il 1840 e il 1850. Il fatto più im-

portante e significativo di questo periodo fu indubbiamente l'elaborazione e la pubblicazione della legge cambiaria del 1847; opera legislativa mirabile per la perfezione tecnica e importante per il significato politico, in quanto, in tempi di divisione politica affermava solennemente l'unità del pensiero giuridico tedesco. Di essa può dirsi, che ebbe una fortuna superiore a quella dello stesso Codice di commercio francese; lentamente, ma sicuramente, il sistema cambiario tedesco ha fatto il giro del mondo, e ancora recentissimamente trionfava alla Conferenza dell'Aja, che elaborando un disegno di legge cambiario uniforme, riprodusse nelle sue linee fondamentali appunto i principi dell'ordinanza germanica del 1847.

Mentre la legislazione commerciale germanica elevava a sè medesima un così magnifico monumento, anche la scienza tedesca del diritto commerciale si andava costituendo, per merito specialmente di Enrico Thöl. Come abbia potuto il Thöl così d'un tratto dalle frammentarie, incidentali e brevi esposizioni che precedettero la sua, passare alla creazione di un corpo organico di dottrina quale è contenuto nel suo celebre *Trattato di diritto commerciale*, il cui primo volume risale al 1841, è cosa che reca ancor oggi meraviglia, e solo può spiegarsi considerando lo sviluppo notevole a cui la scienza tedesca aveva condotto lo studio della storia e del sistema del diritto delle pandette. Il Thöl creò infatti quasi dal nulla il diritto commerciale tedesco, fondandolo su basi essenzialmente romanistiche; con una logica profonda e rigorosa seppe desumere da quel millenario corpo di dottrine giuridiche i principî atti a governare i novissimi atteggiamenti del movimento commerciale. Questo procedimento non andò esente da critica, ma era, in realtà, l'unico con cui si potesse operare in quel momento. Mancando la solida base di una legislazione recente, era ben naturale e necessario lo sforzo di utilizzare il diritto romano per adattarlo alla disciplina giuridica dei nuovi rapporti sorti dal traffico. Si rimproverò il Thöl di aver trascurato l'indagine storica e di non aver tenuto conto a sufficienza dei fattori economici nella ricostruzione del diritto commer-

ziale vigente. Orbene, la censura, che fu mossa prima di tutto dal grande emulo del Thöl, il Goldschmidt, e che venne poi da altri ripetuta, non mi pare che colpisca giusto. La ricerca storica è utile e necessaria quando si tratta di interpretare norme giuridiche che sono frutto di una lunga evoluzione, mentre non era questo il caso del Thöl. Il quale, più che *interpretare* norme giuridiche esistenti, doveva *creare* una disciplina giuridica nuova per una serie di rapporti che il diritto romano, allora vigente, non conosceva e non regolava. Utilissimo era certamente, invece, lo studio della natura obbiettiva dei rapporti, di cui si trattava di fissare la disciplina giuridica. Ma il Thöl non disconobbe mai l'importanza di una tale indagine; solo che giustamente ritenne ed affermò essere la indagine tecnica ed economica sulla natura dei rapporti da regolare il presupposto e non l'oggetto diretto della ricerca giuridica. Ed il risultato dell'opera sua dimostrò che egli aveva seguito la via giusta. Al Thöl infatti, non solo fu riconosciuto il merito di aver fondata la scienza tedesca del diritto commerciale, ma anche quello di aver costruito un corpo così solido di dottrine giuridiche da potere, sino alla promulgazione del Codice generale di commercio germanico, tener quasi luogo di legge. E sulla stessa elaborazione del Codice, di cui l'opera del Thöl fu come una preparazione, il dotto commercialista esercitò un influsso decisivo.

Mentre il Thöl, maturo d'anni e di dottrina, benemerito della scienza e della pratica, era salutato principe dei commercialisti tedeschi, un giovanissimo docente dell'Università di Heidelberg, Levin Goldschmidt, fondava una rivista di diritto commerciale, poi divenuta celebre, ponendosi risolutamente contro l'indirizzo dominante, che faceva capo al Thöl. Contro la tendenza del Thöl di servirsi, per lo studio del diritto vigente, in modo principale, se non esclusivo, dell'elemento sistematico, e di mirare soprattutto alla ricerca dei principi direttivi, dogmi, del diritto positivo, il Goldschmidt affermò la necessità di servirsi nello studio di questo ramo così vivo e progressivo del diritto, non solo delle ricerche

d'indole dogmatica, ma anche e soprattutto di quelle economiche e storiche. Combattendo il metodo dell'«isolamento dogmatico», il Goldschmidt affermò la necessità di una trattazione concorde di tutte le varie e feconde direzioni, che successivamente si ebbero nella storia della nostra scienza. Noi che osserviamo ormai da giudici imparziali e lontani il contrasto fra questi due scrittori eminenti, dobbiamo pur confessare che dei due il più vecchio, il Thöl, è proprio quello che ha una concezione più modernamente precisa della natura del diritto e del compito della scienza giuridica. Il Thöl infatti più e più volte insistè nel concetto che egli intende studiare ed esporre il diritto positivo, nient'altro che il diritto positivo, e che a nessuna altra specie di diritto egli riconosce validità, all'infuori del diritto positivo. Il Goldschmidt, al contrario, crede a un diritto derivante dall'intima natura delle cose e dei rapporti, uguale per tutti i tempi e per tutti i luoghi; di qui la necessità, per lui, di aver riguardo continuamente alla natura delle cose, che egli considera, al pari di qualche altro seguace della scuola storica, addirittura come *fonte di diritto*. Ogni diritto positivo, diceva egli, è l'espressione esteriore e il riconoscimento delle norme giuridiche naturali immanenti e proprie ai rapporti della vita di ogni tempo. E così mentre il Thöl può porsi fra i precursori del positivismo giuridico, il Goldschmidt, come, del resto, vari altri seguaci della scuola storica, deve considerarsi, in sostanza, come un frutto tardivo della scuola del diritto naturale.

Ma per quanto discutibili possano essere le premesse filosofiche della dottrina di Goldschmidt, bisogna affrettarsi a riconoscere le altissime benemeritenze di questo commercialista verso la scienza del diritto commerciale. L'averla indirizzata per la via della ricerca storica fu suo merito principalissimo: anzi, può dirsi che alla ricostruzione storica del diritto commerciale il Goldschmidt abbia dato il più e il meglio delle sue forze. Se poi l'utilità dei risultati, specialmente rispetto alla interpretazione e all'applicazione pratica del diritto, sia stata pari all'enorme sforzo compiuto, è un punto, sul quale

non vorrei, allo stato delle cose, pronunziarmi definitivamente. In verità non può negarsi che dal punto di vista dell'applicazione e dell'interpretazione, l'indagine storica sia, per il diritto commerciale, meno fruttuosa che per altri campi del diritto. In una materia, come quella regolata dal diritto commerciale, in continua trasformazione ed evoluzione, il numero delle regole e degli istituti di origine antichissima, il cui valore non possa essere apprezzato se non mediante una lunga indagine storica, è relativamente assai scarso; ed è ben naturale che le norme recenti, sorte sotto la pressione di bisogni recenti e tuttora sentiti, abbiano minore necessità dell'indagine storica per essere rettamente comprese ed applicate. Avviene infatti, nel campo del diritto commerciale il fenomeno inverso di quel che avviene in altri campi del diritto, per esempio, nella procedura: mentre qui si verifica con grande intensità e vastità il fenomeno della sopravvivenza di forme e di regole sorte in altre epoche e per altri bisogni, nel campo del diritto commerciale questo fenomeno è assai più raro; le regole che non rispondono più alle esigenze della vita commerciale sono rapidamente eliminate, e se qualcuna ne resta tuttora nominalmente in vigore, la sua interpretazione non offre più alcun interesse, semplicemente perchè è inutile interpretare norme che non si applicano più. Tutto ciò, s'intende, non toglie il valore ideale e scientifico che è sempre connesso a qualunque indagine storica, e perciò anche a quella che si esercita nel campo del diritto commerciale. E sotto questo punto di vista il Goldschmidt rimane sempre il maestro insuperato e benemerito. Anche, del resto, fuori del campo storico, il Goldschmidt lavorò tanto e con tanta profondità da dover essere considerato come uno dei patriarchi della scienza tedesca di diritto commerciale.

La quale ebbe il merito e la fortuna di poter dare assai presto, appena un ventennio dopo la pubblicazione del primo volume del trattato del Thöl, un'opera legislativa insigne per la forma e la sostanza, come il Codice di commercio ge-

nerale germanico. Questo Codice, ammirevole per precisione, per ordine e per completezza, segnò, al pari del Codice napoleonico, un momento importante nella evoluzione del diritto commerciale. Il *Code de commerce* aveva per la prima volta nettamente affermato il carattere obiettivo del diritto commerciale, assoggettando all'impero della legge commerciale anche gli atti di commercio isolati, compiuti occasionalmente dai non commercianti; il Codice germanico del 1861 allargò ulteriormente la sfera di applicazione del diritto dei traffici, sottoponendo alla legge commerciale gli atti anche solo unilateralmente commerciali, cioè tutti quegli atti che anche per una sola parte sono il riflesso di una operazione mercantile. Innovazione questa di una portata pratica enorme, quando si pensi che, in virtù di quel principio, basta aver contrattato con un commerciante, basta cioè aver compiuto uno degli atti più frequenti e consueti della vita, per entrare sotto la sfera di applicazione della legge commerciale.

Se l'influenza esercitata da questo Codice non può paragonarsi a quella del Codice francese, essa fu tuttavia considerevole. Promulgato in Austria, dove vige tuttora, esso influì in notevole misura sulla legislazione ungherese, olandese, danese, svedese, norvegese, russa e svizzera, e su varie legislazioni dei paesi balcanici.

Con la legge cambiaria del 1847, col Codice di commercio del 1861, con la legge sui concorsi del 1877, che ebbe il merito di organizzare una rapida ed efficace procedura di fallimento, comune ai commercianti e ai non commercianti, la Germania era oramai in possesso di una legislazione commerciale originale e profondamente elaborata. Or se a questo solido elemento di progresso giuridico si aggiunge una letteratura ricchissima, vigorosa e piena di ricerche profonde e originali, ed una giurisprudenza dottissima e sagace, ben si comprendono le cause del predominio germanico nel campo del diritto commerciale durante la seconda metà del secolo XIX.

Io mi sono proposto di non far nomi che entro i limiti più ristretti. Ma non è possibile non ricordare, della nume-

rosissima schiera dei commercialisti tedeschi, taluni di quelli a cui la scienza nostra deve più viva riconoscenza: Kuntze, Endemann Kohler, Riesser, Pappenheim, Gierke, Behrend, Lehmann, Grünhut. Per merito di questa letteratura intiere zone del diritto commerciale, che la legislazione e la dottrina francese avevano trascurato, trovarono un assetto giuridico soddisfacente: fu elaborata la teoria delle fonti, riveduta e sistemata quella degli atti di commercio; creata di sana pianta la dottrina dei titoli al portatore; rinnovata quella della cambiale; studiato il contratto di trasporto, l'assicurazione, il conto corrente; stabilito il concetto e messa in luce la teoria della rappresentanza, fissato il momento in cui il contratto viene concluso e studiata la dottrina dei contratti fra assenti. Sono dappertutto orme profonde e durature che la scienza tedesca ha lasciato durante questo periodo.

Non si deve tuttavia tacere che questo fervore d'indagini si è venuto notevolmente attenuando dopo la promulgazione del Codice civile germanico, avvenuta nel 1896. La codificazione civile ha segnato in Germania l'inizio della decadenza degli studi commercialistici. Questa coincidenza non è meramente fortuita, ma è prodotta da cause di cui non è difficile rendersi ragione. Fino alla pubblicazione del Codice civile, allo sviluppo del diritto commerciale aveva singolarmente giovato il fatto che il Codice di commercio era l'unico codice di diritto privato vigente in Germania: la codificazione commerciale avendo precorso quella civile, il Codice di commercio era stato utilizzato per regolare talune materie non strettamente commerciali, e veniva continuamente sfruttato dalla dottrina civilistica per disciplinare quei nuovi rapporti civili di fronte ai quali il diritto romano si rivelava insufficiente. Pubblicato il Codice civile, si credette necessario spogliare il Codice di commercio da tutto ciò che non fosse strettamente attinente al commercio. Ne venne fuori il Codice di commercio riformato del 1897, in cui il diritto commerciale torna ad essere considerato il diritto dei commercianti, e tutta la disciplina giuridica dei rapporti commerciali viene ridotta

a un numero ben più piccolo di norme di carattere professionale. Scemata così l'importanza pratica dello studio del diritto commerciale, gli studi commercialistici cominciarono a venir trascurati e tutta l'attenzione dei giuristi tedeschi rimase ed è ancora concentrata sull'opera colossale della codificazione civile. A ciò si aggiunga che anche nel campo del diritto civile la codificazione ha avuto l'effetto di abbassare il livello degli studi giuridici. Perduta la libertà di movimento e d'indagini che dava un diritto non codificato e sottoposto da secoli alla elaborazione dei giuristi, come il diritto romano, la scienza civilistica tedesca si è come smarrita, e dalle arditezze laboriose delle costruzioni dogmatiche è scesa al lavoro pedestre di una esegesi ruminatrice. Questa crisi del diritto civile si è ripercossa naturalmente sul diritto commerciale ed ha aggravate le cause della decadenza degli studi commercialistici, che data oramai da oltre un decennio.

Assai meno complessa ed importante è l'evoluzione del diritto commerciale in Francia in questi ultimi cinquant'anni. La splendida fioritura della prima metà del secolo subì una sosta nel decennio che seguì il 1850, dopo il quale incominciò la decadenza. Poco notevole diventa l'attività legislativa in questo periodo, poichè nè le leggi del 1867 e del 1893 sulle società, nè quella del 1887 sulle liquidazioni giudiziarie sono indice di una attività legislativa originale e feconda. La dottrina poi, dopo aver dato alcuni commenti e trattati di qualche valore, come quelli dell'Alauzet e del Delamarre e Lepoitvin, ha continuato per lunghi anni e continua a riprodurre la letteratura più antica, senza curarsi di migliorarla. La scienza francese oramai da cinquant'anni vive sul patrimonio accumulato nella prima metà del secolo scorso. Il patrimonio era ricco: ma non v'è ricchezza che non si esaurisca quando la si consumi senza produrne della nuova! Ora in verità la Francia ha prodotto ben poco negli ultimi decenni nel campo del diritto commerciale: lo stesso trattato moderno più completo e riputato, quello di Lyon Caen et Renault, non è che una compilazione enciclopedica, diligente certo ed

esatta, di quanto è stato scritto e giudicato in Francia in materia commerciale, ma non è opera che abbia alcun pregio di originalità. Tentativi per trovar nuove vie vi sono stati: basta ricordare i nomi del Wahl, del Saleilles, del Levy-Ullmann, e soprattutto del Thaller, al quale specialmente la scienza francese del diritto commerciale deve molta riconoscenza. Ma appaiono sempre tentativi isolati di fronte alla gran massa delle compilazioni che tornano a ripetere fino alla sazietà ciò che è già scritto in Pardessus o in Vincens, in Bravard-Veyrières o in Beslay, in Massé o in Alauzet.

Rimane ora da dire qualche cosa dell'Italia. Le tristi condizioni in cui versavano ancora gli studi di diritto commerciale verso la metà del secolo XIX e fino al conseguimento dell'unità politica produssero, nel campo legislativo, conseguenze che non potevano evitarsi. Il primo Codice di commercio del Regno d'Italia, pubblicato nel 1865, sorse senza l'appoggio di una solida preparazione dottrinale e giurisprudenziale, e fu, in realtà, una mediocre revisione del Codice albertino del 1842; il quale, a sua volta, riproduceva quasi integralmente il Codice napoleonico modificato dalla legge sui fallimenti del 1838. Su questo Codice mediocre, si formò una letteratura mediocre, ma alquanto superiore a quella meschinissima del periodo antecedente. Predominava ancora l'imitazione dei commentatori francesi, ma qua e là si andava iniziando, specialmente per impulso di Filippo Serafini e per opera di Ercole Vidari, lo studio sistematico degli istituti di diritto commerciale, sull'esempio di ciò che si faceva in Germania. In questo ambiente fu elaborato, discusso e formulato il nuovo Codice di commercio del 1882, i cui lavori preparatori erano incominciati fin dal 1869. Opera, certo, questa di uomini volenterosi e dotti, ma a cui mancava la base di una tradizione nazionale, di una elaborazione scientifica italiana e che dovettero contentarsi di attingere qua e là nelle legislazioni straniere i vari elementi della riforma. E poichè con molta diligenza non vollero imitare una sola legislazione, ma tolsero a questa un istituto, a quella un altro, ebbero l'il-

giunzione di aver fatto opera completa e perfetta, e di aver dotato l'Italia di un Codice di commercio superiore in tutto agli altri allora vigenti. Avevano invece composto un mosaico, in cui la parte generale era tolta principalmente dal Codice tedesco: le norme sulla cambiale dall'ordinanza tedesca del 1847; quelle sulle Società dalla legge belga del 1873; il diritto marittimo dal Codice francese, e l'istituto del fallimento dalla legge francese del 1838.

Solo dopo il 1880, e dopo, quindi, la pubblicazione del nuovo Codice di commercio, si iniziò il periodo di vero rinnovamento degli studi commercialistici in Italia. Due ordini di fatti vi influirono. Il miglioramento delle condizioni economiche del paese e il conseguente rifiorire dei traffici, che, incominciato dopo il 1870, ha proseguito costantemente fino ad oggi, malgrado la sosta dovuta alla crisi del 1890-1896, ed il risorgere degli studi romanistici, cominciato anch'esso dopo il 1870. Dal diritto romano, come sempre accade, venne la luce. E quando gli studi di diritto romano, per opera specialmente di Filippo Serafini, di Vittorio Scialoja, di Carlo Fadda, ebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e di diffusione, la conoscenza del metodo si propagò e produsse nel diritto commerciale, come nel diritto civile e nel diritto pubblico, quel movimento che doveva condurre alla sua rinnovazione, della quale il merito maggiore spetta indubbiamente a Cesare Vivante, che alla scienza italiana del diritto commerciale seppe aprire una nuova via. Tra il metodo strettamente esegetico dei francesi e il metodo storico-dogmatico dei tedeschi, il Vivante cercò, nella indagine sulla natura tecnica ed economica dei rapporti commerciali, gli elementi per una ricostruzione giuridica più viva, più rispondente alle esigenze reali del traffico. L'affermazione di questo indirizzo non era forse nuova: ma nuova certamente ne fu l'applicazione e nuovi soprattutto i risultati ottenutini. Per merito del Vivante oggi la scuola italiana di diritto commerciale si afferma con caratteri originali di fronte alla scuola francese ed alla tedesca: essa cura, come la prima l'esegesi, come la se-

conda il sistema ; ma di fronte alla francese si distingue per una più profonda analisi dei concetti giuridici, e di fronte alla tedesca per uno studio più accurato dei fatti, per il sentimento più vivo della realtà dei rapporti sociali. Progressi particolarmente notevoli ha fatto la dottrina commercialistica italiana nell'ultimo decennio principalmente per opera della eccellente *Rivista di diritto commerciale*, la più ben fatta di tutte le *Riviste* del genere, italiane e straniera. Lo Sraffa, che la dirige insieme al Vivante, ha saputo raccogliere intorno a sè i migliori civilisti, romanisti e storici del diritto, che alla elaborazione del nuovo diritto commerciale italiano hanno portato i tesori della loro dottrina e della loro esperienza.

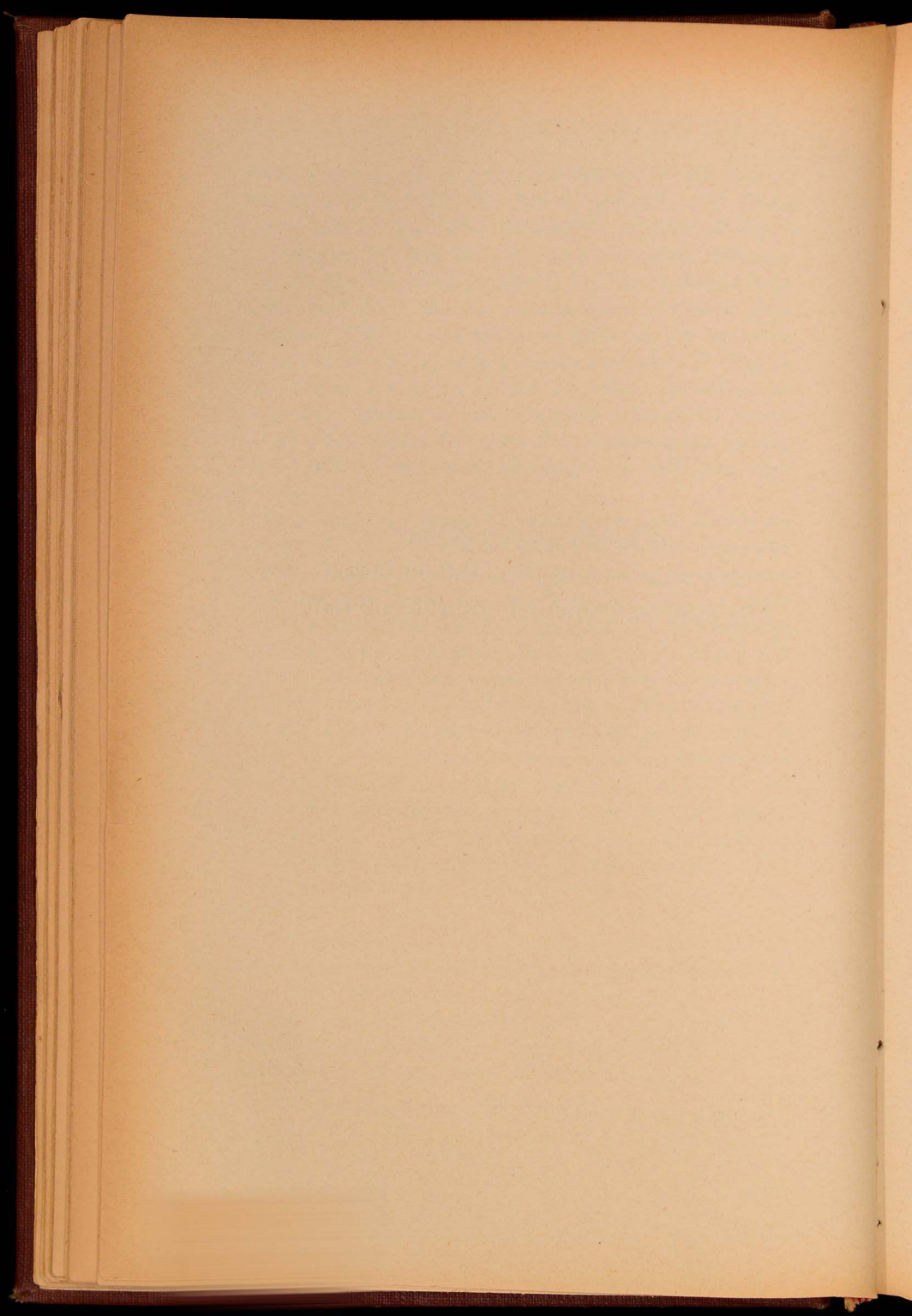
Così la scienza italiana è riuscita su parecchi punti a dire una parola che deve ritenersi definitiva. Ricordo particolarmente la teoria generale dei titoli di credito, comprendente tanto i titoli al portatore, quanto quelli all'ordine e i nominativi, dovuta al Vivante ; la dimostrazione della personalità giuridica delle società commerciali data dal Bonelli ; i rapporti fra rappresentanza e mandato delineati dallo Sraffa e dal Vivante ; la distinzione tra interessi moratori e corrispettivi del Bolaffio ; la dottrina del silenzio del Bonfante. E ciò senza contare le svariate materie, in cui gli studi dei commercialisti italiani hanno contribuito potentemente al progresso di questo ramo così vivo e progressivo della scienza del diritto, e che dalla teoria degli atti di commercio a quella del fallimento, dalla dottrina delle società a quella delle assicurazioni, comprendono quasi tutto il campo del diritto commerciale.

Indubbiamente, adunque, l'Italia nostra si trova in un periodo di ascensione che fa contrasto singolare con la decadenza degli studi commercialistici negli altri Stati.

Possa questa fortunata ascensione continuare ininterrotta e condurre l'Italia di nuovo, come già nei secoli andati, a dettar le leggi al commercio del mondo !

INTORNO AL CARATTERE
DEL DIRITTO COMMERCIALE OBIETTIVO
E AI SUOI RAPPORTI COL DIRITTO CIVILE (*)

(*) Studi in onore di Vittorio Scialoja, Prato, 1904.



Un problema fondamentale, che si presenta sul limitare stesso della scienza del diritto commerciale, e poi di nuovo in ogni singolo capitolo di essa, starei per dire in ogni singola questione, è quello della posizione del diritto commerciale obiettivo di fronte al diritto obiettivo civile, e dei loro rapporti reciproci. Il problema, come si vede, interessa non solo il commercialista, ma anche il civilista; perchè dalla sua soluzione non dipende soltanto il sapere quando una norma di diritto civile può regolare rapporti commerciali, ma anche quando una norma di diritto commerciale può regolare rapporti civili. Una questione analoga o non esiste, o, almeno, è ben lungi dall'avere importanza altrettanto grande, negli altri rami della scienza giuridica (1); in quello del diritto commerciale la sua importanza è dovuta alla singolare situazione del diritto commerciale obiettivo, il quale si trova in

(1) Anche per il diritto amministrativo si è fatta questione della sua situazione di fronte al diritto civile (specialmente a proposito della teoria della responsabilità degli enti pubblici) e da qualcuno si è appunto sostenuto che le norme di diritto amministrativo regolanti i rapporti privati degli enti pubblici debbano considerarsi come *eccezionali* di fronte a quelle del diritto civile. Ma la dottrina dominante respinge tale opinione: v. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano 1892, pag. 57 e segg.; ORLANDO, nell'*Archivio di diritto pubblico*, III (1893), pag. 250 e segg.; ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1901, pag. 12 e segg.; RANELLETTI, nel *Foro it.*, 1898, 90 e segg.; ROCCO (Art.), nella *Rivista penale*, LX (1904), pag. 14 e segg.

un rapporto che — comunque vogliasi qualificarlo — è certamente di stretta connessione col diritto civile, a cui deve ad ogni istante ricorrere per completare la disciplina giuridica dei rapporti che vuol regolare (1). La dottrina commercialistica si è oramai acquietata nella formola che il diritto commerciale è, di fronte al civile, non un diritto *eccezionale*, ma un diritto *speciale* (2). Ma non ci vuol molto a osservare che con tale giro di parole il problema non è punto risolto. Che significa *diritto speciale*? Che differenza c'è tra diritto *speciale* e diritto *eccezionale*? Tanto più è legittimo il dubbio, in quanto nei trattatisti della teorica del diritto obiettivo noi troviamo bensì parola di un diritto *singolare*, *anomalo*, *eccezionale*, ma non di un diritto *speciale*, o, se qualche volta a un diritto *speciale* si accenna, l'espressione è usata come sinonimo dell'altra: diritto *singolare* o *eccezionale* (3). Nè l'ar-

(1) Questo rapporto di connessione ha un altro lato, che lo rende anche più stretto, nel fecondo ricambio che il diritto commerciale dà al civile dei principi giuridici e delle norme conquistati dal commercio nella sua rapida e progressiva evoluzione; per cui al diritto commerciale fu giustamente dato il nome di *pioniere* del diritto civile. V. notevoli esempi di tale funzione rinnovatrice in COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 5ª ediz., Berlin 1900, pag. 8.

(2) Cfr. fra i tedeschi: ANSCHÜTZ und VON VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch*, 1867-74, I, pag. 11; GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 2ª ediz., Stuttgart 1876, pag. 307 e segg.; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin u. Leipzig 1880-1896, p. 73, testo e nota 4; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ediz., 1899-1901, I, pag. 5, annot. 13; fra gli italiani: VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 5ª ediz., I, num. 93 e segg.; MARGHERI, *Il diritto comm. esposto sistematicamente*, 2ª ediz., I, pag. 39; FRANCHI, nel *Commentario* del Vallardi, I, num. 3; VIVANTE, *Trattato di diritto comm.*, I, 2ª ediz., num. 3. I francesi, pur non facendo la questione generale del carattere del diritto commerciale di fronte al civile, concordano nel ritenere il diritto civile come *fonte sussidiaria* di diritto commerciale, e quindi applicabile in materia commerciale, purchè sia però esaurita l'interpretazione della fonte principale: v. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3ª ediz., Paris 1873, n. 1440-1442; ALAUZET, *Commentaire du code de commerce*, n. 7 e segg.; BRAVARD-VÉYRIÈRES et DEMANGEAT, *Tratté de droit commercial*, II, pag. 402; BOISTEL, *Cours de droit commercial*, 4ª ediz., num. 24.

(3) Così REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, pag. 126 e segg., parla di un *Regelmässiges* e di un *Sonderrecht*, che corrisponde appunto al *ius singulare* dei romani (v. anche pag. 160). Egualmente FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches*

ticolo 1 del codice di commercio, nel quale si stabilisce l'ordine delle fonti del diritto commerciale, è tale da dissipare i dubbi, che anzi, volendo legislativamente stabilire i rapporti tra diritto commerciale e civile, non riesce, in fondo, che a sostituire incertezza ad incertezza. Sta bene che il diritto civile divenga fonte di diritto commerciale, o, meglio entri *in funzione* di diritto commerciale, quando la legge commerciale e la consuetudine commerciale *non dispongano*. Ma quando dovrà dirsi che la legge commerciale scritta e non scritta *non dispone*? E da un punto di vista più generale, questo presupposto che la legge stessa fa di *lacune* nel

Privatrecht, 7ª ediz., Berlin 1896, I, pag. 76. JHERING, *Geist d. römischen Rechts*, 2ª ediz., II (Leipzig 1875), pag. 337 chiama *speciali*, in contrapposto alle *singolari*, quelle norme che non sono già deviazioni *locali* da un principio in *sè generale*, ma per loro natura sono necessariamente locali, e che non contengono alcuna deviazione da qualche cosa di generale, rispetto ad esse non essendovi nulla di generale. Questo concetto però non ci sembra possa essere utilizzato per determinare il carattere del diritto commerciale obiettivo: i rapporti che questo regola sono bensì derivanti dall'esercizio del commercio, ma sono anche ed anzi tutto, rapporti *privati* al pari di quelli regolati dal diritto civile: quindi il diritto commerciale non potrebbe chiamarsi un diritto *speciale* nel senso di JHERING, perchè le norme che lo costituiscono non sono affatto di loro natura *necessariamente* locali, potendosi benissimo immaginare ed essendosi storicamente verificato (per es. nel diritto romano) il caso che i rapporti commerciali siano regolati da norme comuni ai rapporti civili. Tanto poco poi rispetto al diritto commerciale manca qualcosa di generale, di cui esso possa essere la deviazione, che il diritto commerciale presuppone tutto il diritto civile delle obbligazioni, di cui si presenta spesso, anche formalmente, in veste di deroga od eccezione (cfr. per es.: art. 42, 43, 44 cod. comm.). Del resto critiche possono essere fatte alla stessa concezione di JHERING, secondo la quale non vi sarebbe norma che non potesse dirsi *speciale*: non solo le singole parti del diritto civile, diritto delle obbligazioni, diritto delle successioni, diritto di famiglia, diritto delle cose sarebbero diritto *speciale*, ma lo stesso intero diritto privato lo sarebbe, in quanto, regolando esso soltanto i rapporti fra privati, sarebbe di sua natura *necessariamente* locale e non conterrebbe alcuna deviazione da qualche cosa di generale. Il nome di diritto *generale* dovrebbe essere riservato a tutto il complesso sistematico del diritto che regola *tutti i rapporti umani*. Il diritto *speciale* di JHERING in realtà è esso stesso *diritto generale* appunto perchè rispetto ad esso non vi è nulla di *generale*; e la sua contrapposizione al *ius singulare* non ha valore diverso, in fondo, di quello della contrapposizione consueta tra diritto *normale* e diritto *eccezionale*.

sistema del diritto commerciale propriamente detto, scritto e consuetudinario, lacune da colmarsi col diritto civile, non significa che questo sistema non è compiuto, non basta a sè stesso, si trova di fronte al diritto civile in una certa posizione di accessorialità e di subordinazione, che occorre ancora determinare con precisione?

Posto così appena il problema, appare chiara la necessità di affrontarlo, e di affrontarlo da un punto di vista generale: rinviandone la soluzione alle singole materie nelle quali il principio generale deve trovare applicazione, si corre rischio che la esatta determinazione del principio sia pregiudicata dalle esigenze particolari delle singole controversie e dai particolari punti di vista degli scrittori che se ne occupano. Con questo breve scritto non ci proponiamo certo di esaurire l'argomento, che rappresenta uno dei problemi fondamentali della scienza del diritto privato, ma solo di richiamare su di esso l'attenzione degli studiosi.

Nel campo del diritto privato obiettivo considerato come il complesso di tutte le norme regolanti i rapporti tra privati e privati, noi troviamo un complesso di norme costituenti di per sè un compiuto sistema regolante *tutti, in genere*, i rapporti tra privati; e un complesso di norme, certo per numero assai meno importanti, destinate a regolare una speciale categoria di rapporti tra privati: i rapporti patrimoniali derivanti dall'industria commerciale (1). Come, e sotto l'impulso di quali fattori, anche estrinseci, questa seconda categoria di norme si sia venuta storicamente formando, non

(1) Consideriamo qui soltanto il diritto commerciale *in senso stretto*, cioè il *diritto privato commerciale*, lasciando in disparte il *diritto commerciale pubblico* e il *diritto processuale commerciale*, di cui del resto pure sarebbe interessante studiare i rapporti coi singoli rami del diritto pubblico e col diritto processuale civile. Specialmente interessanti sono i rapporti tra diritto commerciale penale e diritto penale comune; e tra diritto processuale commerciale (tanto per il processo commerciale ordinario, quanto per il processo di fallimento) e il diritto processuale civile: sui quali ultimi rapporti cfr. art. 685 ult. cap., 868 cod. comm. Il trattarne esorbiterebbe dai limiti del nostro tema.

occorre qui indagare (1). Basti la constatazione che le esigenze della particolare natura di quella categoria di rapporti privati patrimoniali che sono i rapporti commerciali, richiedono una *particolare* regolamentazione giuridica (2), la quale

(1) Su questo svolgimento v., oltre l'opera fondamentale del GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1891, pag. 10 e segg.; ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonischen Wirtschafts- und Rechtslehre*, 1883; LASTIG, *Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts*, 1877, nella *Zeitschrift für d. gesamte Handelsrecht*, XXIII, pag. 138 e segg., XXIV, pag. 387 e segg., e inoltre: *Bologneser Quellen des Handelsrechts*, 1891; PERNICE, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt. XIX, pag. 82 e segg.; e in Italia, MANARA, *Gli atti di commercio*, 1887, pag. 16 e segg.; FRANCHI, nell'*Archivio giuridico*, vol. XXXVI; LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 1883, e *Studi di diritto statutario*, 1887; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 2^a ed., pag. 2 e segg. In questo svolgimento è particolarmente interessante discernere fra i fattori che determinarono la formazione del diritto commerciale, le esigenze della natura *intrinseca* dei rapporti commerciali, come rapporti privati patrimoniali speciali (cause operanti anche oggi a mantenere la distinzione fra diritto civile e commerciale), e i fattori *estrinseci* che permisero o favorirono quella formazione.

(2) Con la constatazione fatta nel testo lasciamo naturalmente impregiudicata la questione che, alcuni anni fa, suscitò così largo movimento nella letteratura commercialistica italiana e straniera, della opportunità di unificare la disciplina giuridica dei rapporti obbligatori civili e commerciali in un solo codice delle obbligazioni (sulla quale questione v. VIVANTE, *Trattato*, 2^a ediz., pag. 1 e segg., e le citazioni ivi fatte, specialmente a pag. 29 e 30). Senza pretendere di trattar qui, per incidenza, e nei limiti angusti di una nota, un tema, che può ben dirsi oramai esaurito, ci limiteremo a osservare, che la questione deve essere anzitutto tolta dal campo *puramente formale* in cui la si tiene, discutendo della opportunità di un solo codice o di due codici distinti per le obbligazioni civili e commerciali. Quello che invece occorre domandarsi, per scendere alla sostanza delle cose, è se, nell'ambito dei rapporti economico-privati, vi è una categoria di rapporti (quelli derivanti dall'industria commerciale, ed altri che hanno l'esigenza di una identica o simile regolamentazione giuridica, per es. quelli dell'industria manifatturiera), i quali abbisognano di una disciplina giuridica *speciale*, e, se non in tutto, in gran parte diversa da quella dei restanti rapporti economico-privati. Posta la questione in questi termini, essa non può risolversi senza una profonda analisi della costituzione odierna dei rapporti economico-privati. Certo, non può negarsi che colla meravigliosa estensione dell'industria manifatturiera, col rapido progresso conseguito dall'industria agricola nei procedimenti tecnici e nell'organizzazione della produzione, coll'allargarsi della cooperazione e della ripendenza, sempre nuove categorie di rapporti economico-privati, nei quali si riproducono le esigenze per cui l'industria commerciale ottenne una particolare disciplina giuridica,

è attuata in un complesso di norme di diritto privato, costituenti il così detto diritto commerciale obiettivo (1). Ana-

hanno chiesto e vanno chiedendo al diritto commerciale una regolamentazione legislativa più favorevole al loro sviluppo. Ma il constatare che un gran numero di rapporti, anche non derivanti dall'industria commerciale, sono oggi regolati dal diritto commerciale obiettivo: il prevedere che altri rapporti ancora, pure estranei all'industria commerciale, vi si aggiungeranno fra non molto, se può legittimare la conclusione che il nome di « diritto commerciale » non ha più che una ragione d'essere storica e non designa affatto con precisione il complesso dei rapporti che questa parte del diritto privato regola, non autorizza ancora, a nostro avviso, ad affermare che un diritto commerciale, sia pure in così largo senso inteso, non abbia ragione di esistere, come un importante complesso di norme regolanti alcune speciali categorie di rapporti economico-privati. L'affermazione sarebbe esatta solo se si potesse dimostrare che le esigenze dell'industria commerciale sono oggi sentite non solo da alcune ma da tutte le categorie di rapporti patrimoniali privati, o, almeno, dalla grandissima parte di essi. Solo tale dimostrazione legittimerebbe, oggi, l'estensione del diritto commerciale a tutti o quasi tutti i rapporti privati obbligatori, cioè l'assorbimento del diritto civile delle obbligazioni da parte del diritto commerciale. Che ciò possa *in avvenire* accadere, è probabile; ma è forse prematuro il dire *oggi* compiuta questa evoluzione, che non l'opera del legislatore, ma lo svolgersi della vita economica può maturare e affrettare. Del resto lo stesso VIVANTE, che pure iniziò e condusse vigorosamente la polemica per il codice unico delle obbligazioni, ha finito, recentemente, per accostarsi a questo concetto: « Io credo che assai più della nostra influenza di scrittori, contribuisca a risolvere questo dissidio il presente movimento economico che dà luogo a nuovi istituti giuridici che non hanno un carattere nè civile, nè commerciale, ma regolano obbiettivamente il campo comune dell'industria, senza distinguere chi è commerciante da chi non lo è; procedendo in questa guisa giungeremo ad avere in Italia un codice che avrà solo il nome di codice di commercio, con un rigoglioso contenuto di diritto comune raccolto in una sconnessa armatura di diritto professionale, avanzo dello scomparso ordinamento delle corporazioni » (*Trattato*, 2ª ediz., I, pag. 80).

(1) Nella nota precedente si è accennato al fatto che, in seguito al progressivo allargarsi della sfera dei rapporti regolati dal diritto commerciale obiettivo, oggi ciò che chiamasi ancora « diritto commerciale » non disciplina soltanto i rapporti derivanti dall'industria commerciale, ma anche un gran numero di altri rapporti propriamente estranei a questa industria. Per questa ragione, e per l'altra, che la determinazione dei rapporti derivanti dall'industria commerciale, fatta con criteri puramente economici, potrebbe, nella pratica, dar luogo ad incertezze, la legge commerciale ha provveduto a delimitare la sfera dei rapporti regolati dal diritto commerciale (la così detta *materia di commercio*), stabilendo, negli art. 3, 4 e 6 cod. comm. quali sono gli *atti*, i quali danno luogo a rapporti giuridici regolati dal diritto commerciale, e

lizzando questo complesso di norme noi vediamo che la particolare disciplina giuridica dei rapporti commerciali vi è attuata in due modi: 1° con norme che sono sviluppo e derivazione di norme e principii del diritto civile, la cui ulteriore esplicazione è determinata, *per occasione*, dalle esigenze del commercio (1); 2° con norme del tutto nuove, diverse dalle corrispondenti norme del diritto civile, ad esse anzi, qualche volta, espressamente *contraddittorie* (2). Riguardo alla prima categoria di norme, non vi è, *in sostanza*, una disciplina giuridica particolare pei rapporti commerciali: per l'art. 3 delle disp. prel. al cod. civ. esse potrebbero desumersi per via di interpretazione dai principii del diritto civile, anche senza una espressa disposizione legislativa: diritto civile e diritto commerciale, sotto questo aspetto, *coincidono*. Riguardo invece alla seconda categoria di norme, la situazione è ben diversa: queste non *coesistono* con norme e principii del diritto civile, ma *sostituiscono*, per la materia commerciale, norme e principii di diritto civile (3). Sotto questo aspetto

che, perciò, sono chiamati «atti di commercio»: colla determinazione di questi atti si determina altresì quali sono le persone (fisiche e giuridiche) che sono costituite in uno *stato* (stato di commerciante) regolato dal diritto commerciale (art. 8 e 76). Il codice di commercio agisce così da legge fondamentale per determinare la sfera dei rapporti privati disciplinati dal diritto commerciale.

(1) Così ad es. la norma dell'art. 36 cod. comm., derivante dall'art. 1104 cod. civ., in quanto questo già richiede per l'esistenza del contratto il *consenso* dei contraenti, cioè l'incontro delle due volontà sullo stesso oggetto: quella dell'art. 28, derivata dall'art. 1329; quella dell'art. 79, derivata dall'art. 1725, ecc.

(2) Così ad es. gli art. 11, 14, 16, 19, 40, 41, 42, 43, 44, 58, 59, 60 cod. comm., ecc. Gli esempi si potrebbero moltiplicare, quasi tutto il codice di commercio essendo una deroga a disposizioni del codice civile.

(3) La bipartizione delle norme di diritto commerciale fatta nel testo (che è accennata benissimo anche dal SIMONCELLI, *Lezioni di procedura civile*, anno 1902-03 [lit.], pag. 90) è pure avvalorata dalla considerazione seguente. Il diritto civile, essendo il diritto comune dei rapporti privati, contiene una completa disciplina giuridica di tutti i rapporti privati: in esso non possono verificarsi lacune, le apparenti lacune dovendo colmarsi coll'analogia e coi principi generali (cfr. art. 3 disp. prel.; REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 156; CROME, *System d. deutschen bürgerl. Rechts*, I, Tübingen u. Leipzig 1900, pag. 106; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli 1904, pag. 141, nota 1). Anche

dunque, dato che il diritto civile regola *tutti* in genere i rapporti privati, mentre il diritto commerciale ne regola solo *alcune categorie*, dato che le norme del diritto commerciale costituiscono, almeno in gran parte, altrettante *deroghe* a norme del diritto civile, il carattere del diritto commerciale di fronte al diritto civile di *ius singulare*, stabilito « *propter aliquam utilitatem* » (1), cioè per le esigenze *speciali* del com-

i rapporti commerciali dunque, che sono anzitutto *rapporti privati*, dovrebbero trovare, ove mancasse un diritto particolare, la loro *completa* disciplina giuridica nel sistema del diritto civile. La *particolare* disciplina del diritto commerciale, in quanto appunto è *particolare*, cioè *diversa* da quella che gli stessi rapporti troverebbero nel diritto civile, deve quindi di necessità risultare da norme che *sostituiscono* principi e norme del diritto civile, e che regolando un minor numero di rapporti, sono appunto norme, rispetto ad essi, *eccezionali*. È poi anche possibile che nel diritto commerciale siano *ripetute* norme già contenute nel sistema del diritto civile; ma oltre queste due ipotesi nessuna altra è possibile.

(1) Che al pari del diritto singolare, anche il diritto comune o normale abbia per base una *utilitas*, salvo che per il primo l'*utilitas* è speciale, è ormai ammesso da tutta la dottrina recente (cfr. FERRINI, *Pandette*, Milano 1900, pag. 16 e segg.; FADDA e Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, I, pag. 140 e 141; WINDSCHEID, *Pandette*, § 29, nota 1; REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 126 e 127; FÖRSTER-ECCIUS, *Preuss. Privatrecht*, I, pag. 76). Non possiamo accettare però come buona l'osservazione comune che l'essenza del diritto singolare sta nell'essere in *antitesi* coi principi generali del sistema (*contra rationem iuris*); v. in questo senso: FERRINI, *Pandette*, pag. 16 e specialmente pag. 18 in fine e 19; JHERING, *Geist*, II, pag. 337; WINDSCHEID, *Pand.*, § 26 in princ.; e anche SAVIGNY, *System*, I, pag. 61. Come osserveremo più oltre, la *singularità* di una norma non esprime che un *rapporto di eccezione a regola* in cui essa si trova con un'altra norma: ed, egualmente, un *rapporto di regola ad eccezione* esprime il concetto della *regolarità* o *normalità* di una norma: si tratta dunque di una *relazione* che può intercedere fra due *norme qualunque* contenute nel sistema del diritto, non già, necessariamente, di una *relazione* tra una norma e i *principi generali* del sistema. Contro il concetto qui combattuto v. anche REGELSBERGER, *Pand.*, pag. 127; KELLER, *Pandekten*, § 7. È vero però d'altro canto, come osserva anche il FERRINI, *Pandette*, pag. 18, che l'essenza del *ius singulare* non sta neppure nella sua ristretta applicabilità a date categorie di persone, di cose o di rapporti, essendovi anche norme di *ius commune*, la cui applicazione si restringe a determinate categorie di persone, di cose e di rapporti. Egli è che l'*assoluta relatività* dei concetti di *ius singulare* e di *ius commune*, per cui una stessa norma può essere *ius singulare* di fronte a una norma, e *ius commune* di fronte ad un'altra (cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 23, nota 2), vieta che l'antitesi fra l'una e l'altra possa essere posta diversamente che così: quando una

mercio, ci sembra non possa porsi seriamente in contestazione. Si tratta dunque proprio di un diritto *singolare*, *eccezionale* o *anomalo* che dir si voglia. La qualificazione di *diritto speciale*, a cui si suole ricorrere per evitare alcuni creduti inconvenienti di quelle denominazioni, o non dice nulla, o dice, in sostanza, precisamente lo stesso. Non solo ogni norma che regola uno speciale rapporto, ma ogni ramo del diritto che regola una speciale categoria o ordine di rapporti (così il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto penale, ecc.) è, in un certo senso, *diritto speciale*; sotto questo punto di vista, *diritto generale*, regolante cioè non *una parte*, ma *tutti* i rapporti umani, non può chiamarsi che *tutto il complesso sistematico del diritto*. Qualificando di *speciale*, in questo senso, il diritto commerciale, non gli si attribuisce alcuna caratteristica particolare in confronto agli altri rami del diritto (civile, penale, amministrativo, processuale, ecc.) che sono *tutti*, sotto tale aspetto, al par di lui, speciali; si determina, cioè, la sua posizione *di fronte al sistema generale del diritto*, non già, come pur si voleva, *di fronte al diritto civile*. Se poi consideriamo una norma o un complesso di norme non più *in sè*, e nella sua posizione nel sistema generale del diritto, ma *di fronte a un'altra norma o ad un altro complesso di norme*, non può darsi che uno di questi due casi: o si tratta di norme *parallele*, che non hanno fra

determinata categoria di fatti o rapporti è regolata da due norme diverse, l'una delle quali ne disciplina il maggior numero, e l'altra il minor numero, quella che regola alcuni *determinati* fatti o rapporti della categoria si chiama di diritto *singolare*: quella che disciplina *tutti gli altri in genere* si dice di *diritto comune*. L'importanza pratica della antitesi sta tutta in ciò, che la norma regolante alcuni *determinati* fatti o rapporti della categoria non si può estendere al di là di essi: gli altri fatti o rapporti essendo *tutti* regolati dalla norma generale. A un concetto analogo a quello qui affermato sembra accennare il WINDSCHEID quando scrive (*Pand.*, § 29): «L'applicazione più importante del diritto eccezionale sta in ciò, che con esso si stabilisce, per una certa classe di persone, o cose, o rapporti giuridici, *alcunchè di non avente vigore* rispetto alle altre persone o cose o rapporti giuridici *simili*»; v. anche CROME, *System*, I, pag. 94, sub 2; e in Italia, CARNELUTTI, nella *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, 203, 205.

loro alcun contatto e quindi nessun rapporto: o, se contatto vi è tra esse, non potendo questo dipendere se non da ciò che ambedue disciplinano, *in modo diverso*, rapporti della stessa natura, deve di necessità una di esse rappresentare la *regola*, e l'altra l'*eccezione*: e precisamente la *regola* sarà contenuta nella norma che disciplina il maggior numero di rapporti di quella natura; l'*eccezione* in quella che ne disciplina il minor numero. Quest'ultima si può pure, se si vuole, chiamare norma *speciale* di fronte alla prima che, comprendendo maggior numero di casi, è, certo, più *generale*; ma *speciale*, in questo caso, non significa se non *eccezionale* (1). Diritto *speciale*, diritto *eccezionale*, diritto *singolare*, diritto *anomalo*, sono dunque una sola e identica cosa.

Ma — e qui sorge il dubbio che ha evidentemente suggerito il poco felice ripiego di cui si è fin qui discorso — dovrà dunque, rispetto alle norme di diritto commerciale, dirsi in ogni modo esclusa l'*estensione analogica*? E dovrà l'interprete di esse condannarsi al lavoro poco fecondo della sola interpretazione grammaticale e logica, precludendosi la via a seguire, colla sua opera paziente di giureconsulto e di giudice, la perenne evoluzione della vita commerciale? (2).

(1) V. nota precedente.

(2) Riguardo all'analogia rinviando alla eccellente trattazione del FILOMUSI-GUELFI, *Encicl. giur.*, pag. 139-142. V. anche FADDA e BENZA, op. cit., pag. 143 segg.; FERRINI, *Pandette*, pag. 36-39; CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino 1904, I, pag. 65-67 e fra i tedeschi WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 22 e 23; SAVIGNY, *System*, I, § 46 e 50; JHERING, *Geist*, I, § 3; II, § 39; GOLDSCHMIDT, *Handb. d. Handelsrechts*, § 34; KOHLER, nella *Zeitschrift* di GRÜNHUT, XIII, pag. 48 e segg.; BINDING, *Handb. d. Strafrechts*, Leipzig 1885, pag. 213-223; WACH, *Handb. d. Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pag. 273-277; REGELSBERGER, *Pand.*, pag. 155-161; FÖRSTER-ECCIUS, *Preuss. Privatrecht*, pag. 74; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, pag. 141; CROME, *System*, I, pag. 105-108, ecc. Per noi nel processo della estensione analogica (sull'analisi del quale si può vedere BINDING, *Handb. d. Strafrechts*, pag. 215-216) si tratta proprio di rintracciare una norma contenuta nel sistema, ma posta dal legislatore non *direttamente* (espressamente), bensì *indirettamente*, mediante il riconoscimento di essa in uno o più casi singoli. Il legislatore, volendo la norma speciale, non poteva logicamente non volere la norma più generale; quindi una esatta

La classificazione da noi fatta delle norme di diritto commerciale in due categorie: norme che costituiscono *esplicazione* di principii del diritto civile, e norme che ne costituiscono *eccezione* o *deroga*, comincia, intanto, ad agevolare il nostro compito nella soluzione di questo problema. Per la prima categoria di norme nessun dubbio infatti sulla ammissibilità della *estensione analogica*. Esse, come principii di diritto *comune*, non già *singolare*, e di diritto comune *privato*, civile e commerciale, potranno estendersi non solo nell'ambito della materia commerciale, da rapporti commerciali, espressamente regolati, a rapporti commerciali non regolati, ma anche (il che è particolarmente interessante) dalla *materia commerciale* alla *materia civile*. Riguanto alla seconda categoria di norme, invece, che sono, per noi, indubbiamente, di *diritto singolare*, ad ogni ammissione della estensione analogica sembra del tutto ostare il noto divieto dell'art. 4 disp. prel. al cod. civ. Diciamo *sembra*, perchè un più attento esame del *fondamento* e della *portata* di quel divieto ci condurrà forse a una diversa conclusione.

La regola, che nelle norme di diritto singolare non è ammessa l'estensione analogica, è l'espressione di una impossibilità logica derivante dallo stesso rapporto in cui queste norme stanno colle rispettive norme di diritto comune, rapporto che costituisce la caratteristica della loro natura. Il concetto di diritto *singolare* o *eccezionale* è infatti tutto relativo: esso *esprime semplicemente il rapporto di una norma di*

ricostruzione della sua volontà ve la deve comprendere. S'intende che quella *impossibilità logica* in qualche caso è esclusa; quando la norma speciale non è *corollario* di una norma più generale, ma *eccezione* ad un'altra norma; quando dalla norma stessa risulta indubbiamente che essa è dettata da un motivo particolare al caso regolato (cfr. FERRINI, *Pand.*, pag. 40, nota 1), vien meno la necessità logica di ammettere come voluta dal legislatore una norma più generale. Tutto sommato quindi, pur riconoscendo la gravità della questione, inclineremmo a ritenere l'analogia come una specie di *interpretazione* piuttosto che come una *forma di produzione* del diritto (cfr. su tale questione FILOMUSI-GUELFI, *Enc.*, pag. 141; WINDSCHEID, *Pand.*, § 22; BINDING, *Handb.*, pag. 214 e 217).

fronte ad un'altra norma. Perchè vi sia *ius singulare* occorre: 1° una norma *generale*, regolante più rapporti o un intiero ordine di rapporti, dettata da esigenze comuni a tutti questi rapporti; 2° una norma *particolare*, diversa dalla generale, regolante uno od alcuni determinati rapporti *della categoria di quelli regolati dalla norma generale*, e dettata da esigenze ad essi particolari. In sostanza, la qualifica di diritto singolare non esprime che un rapporto di eccezione a regola, in cui una norma comprendente uno o più determinati rapporti che fanno parte di una categoria più generale, si trova colla norma generale comprendente tutti gli altri rapporti di quella categoria (1). Tenuto presente che il processo dell'analogia consiste nell'estendere una norma affermata in un dato caso a un altro caso non preveduto, ma compreso in una norma più generale, di cui la norma affermata è un corollario, la ragione e il significato della inammissibilità dell'estensione analogica nel diritto singolare riescono chiarissimi. Quando la norma regolante un dato rapporto non è *conseguenza* di una norma più generale, regolante anche gli altri rapporti della stessa categoria, ma è *deviazione* dalla norma che questi altri rapporti disciplina, la sua estensione ad uno o più di tali rapporti è esclusa dal fatto solo che questi sono *già regolati* dalla norma generale. L'estensione analogica è dunque esclusa *riguardo ai rapporti già regolati dalla norma generale, di cui la norma singolare è l'eccezione*. Ma quando tutto un ordine determinato di rapporti per esigenze proprie determina la formazione di un intiero sistema di norme particolari, il complesso di queste norme costituisce, certo, un diritto *singolare* di fronte al *diritto comune*, che regola la più ampia categoria di rapporti, in cui quelli di cui si tratta sono compresi, ma, nel seno del sistema, composto, come ogni sistema di norme giuridiche, di regole ed eccezioni, si determinano, alla loro volta, *altri rapporti di eccezione a regola*. Nel seno del sistema ci sono norme dettate da esigenze generali a tutti o almeno comuni

(1) V. anche sopra, pag. 5, nota 1.

a un rilevante numero di rapporti regolati dal sistema, e norme dettate da esigenze particolari a un rapporto determinato, o a un dato più ristretto numero di rapporti; le prime sono, *rispetto alle seconde*, norme di *diritto comune*, e, alla loro volta, le seconde sono, *rispetto alle prime*, norme di diritto singolare od eccezionale (1). La estensione analogica sarà certo vietata da queste ultime ad altri rapporti regolati dalla norma generale, e che, rispetto ad esse, è *diritto comune*. Ma poichè, anche nel seno del sistema, le norme generali non sempre sono poste in modo espresso o diretto, ma sono qualche volta poste in modo indiretto, mediante il riconoscimento espresso in un caso singolo, sarà allora ammissibilissima l'estensione analogica dal rapporto espressamente regolato a quello non espressamente regolato *purchè si tratti sempre di un rapporto che rientra fra quelli regolati dal sistema* (2). E non solo l'analogia di *legge* sarà ammessa, ma anche quella di *diritto*. Nel seno del sistema vi sono norme comuni a *serie più ampie*, e norme proprie a *serie più ristrette* di rapporti regolati dal sistema: ora, quando una norma della prima specie è posta non espressamente, cioè direttamente, ma indirettamente, mediante il riconoscimento di essa in una serie più ristretta di rapporti, anche ad altre serie di rapporti analoghi, quindi rientranti nella serie più ampia, possono estendersi le norme stabilite espressamente per una singola serie di rapporti. Nè basta. Nel seno del sistema vi sono anche norme generalissime o principii che si desumono con un lavoro di induzione dal complesso delle norme che ne fanno parte, e che

(1) V. WINDSCHEID, *Pand.*, § 23, nota 2: «Una norma di diritto, che è particolare rispetto ad un'altra, può averne sotto di sè una alla sua volta particolare, rispetto alla quale essa sia di diritto comune».

(2) Per l'ammissibilità dell'estensione analogica della norma di diritto singolare, entro i limiti dei rapporti a cui si riferisce, cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 29, testo e nota 3; REGELSBERGER, *Pand.*, pag. 160; RÖMER nella *Zeitschrift* di GOLDSCHMIDT, XIX, pag. 94; CROME, *System*, pag. 107; e SIMONCELLI, *Lezioni di proc. civ.* [lit.], anno 1902-03, pag. 94, che fa appunto applicazione di tale principio al diritto commerciale.

quindi valgono per *tutti* i rapporti regolati dal sistema: essi ne rappresentano i *principi generali* (1). Quindi, ove rapporto di quelli che debbono essere regolati dal sistema, non trova in esso nè una norma apposita, nè una norma che regoli rapporti analoghi, in modo che, rispetto ad esso, sia impossibile anche l'estensione analogica, gli si applicheranno regole desunte dai principii generali del sistema.

Orbene, il diritto commerciale costituisce appunto un sistema di norme regolanti un'ampia categoria di rapporti privati; questo sistema, nel suo complesso (escluse le norme che sono *derivazioni* di principii contenuti nel diritto civile), *di fronte al diritto civile*, è un *ius singulare*: quindi, *impossibilità di estensione analogica di norme regolanti rapporti commerciali (leggi commerciali) a rapporti civili*. Ma, nel seno del sistema del diritto commerciale, piena possibilità di estensione analogica di una norma regolante un dato rapporto commerciale ad altro rapporto commerciale analogo (*analogia legis*); piena possibilità di estendere un complesso di norme regolanti una serie di rapporti commerciali ad altre serie di rapporti commerciali analoghe (*analogia iuris*): piena possibilità di ricorrere, in mancanza di altre norme regolanti casi o materie analoghe, ai *principii generali del diritto commerciale*. Nel seno del diritto commerciale vi sono dunque *regole ed eccezioni*, regole poste direttamente e regole poste indirettamente per mezzo di norme speciali suscettibili di estensione analogica; eccezioni non suscettibili di analogia.

L'estensione analogica di una norma di diritto commerciale

(1) *Principi generali di diritto* sono per noi i principii che si desumono generalizzando ancora sui principii già ottenuti mediante il processo di generalizzazione dell'analogia di diritto. In questa ulteriore generalizzazione, che oltrepassa l'analogia di legge e di diritto, si procede, naturalmente, per gradi: e così, passando attraverso ai *principii generali* di ciascun ramo del diritto (principii generali del diritto civile, del diritto penale, del diritto amministrativo, ecc.) che formano obbietto di studio della *parte generale* di ciascuna disciplina giuridica, si giunge sino ai *principii generali di tutto il diritto positivo*, il cui studio è riservato alla *scienza generale del diritto* o *teoria generale del diritto* (allgemeine Rechtslehre).

da un rapporto regolato a un rapporto non regolato presuppone che quest'ultimo non solo sia un rapporto analogo, ma sia un rapporto commerciale: donde la necessità di un'indagine preliminare per accertare la commercialità del rapporto. Ciò si fa, naturalmente, in base agli art. 3, 4 e 6 cod. comm. In questa ricerca l'art. 3 è fondamentale; in base ad esso si determina lo stato di commerciante delle persone fisiche e giuridiche (art. 8 e 76). È da osservarsi che quest'articolo si ritiene suscettibile di estensione analogica, per unanime consenso della dottrina e per espressa dichiarazione dei lavori preparatori del codice (1): quindi, alcuna volta, per determinare se una norma di diritto commerciale possa per analogia estendersi a un dato rapporto, occorrerà una doppia indagine:

(1) V. per tutti VIVANTE, *Trattato*, 2ª ediz., num. 30, il quale anch'egli, benchè a malincuore, aderisce alla comune dottrina. Sull'esattezza della quale, però, ci sia lecito esprimere i nostri dubbi. L'art. 3 è, in sostanza, quello che determina la sfera dei rapporti regolati dal diritto commerciale, ad esso, in ultima analisi, riferendosi anche gli art. 4, 8 e 76, che ne costituiscono il complemento. Ora, se il diritto commerciale è diritto singolare di fronte al diritto civile, e quindi non può estendersi per analogia alla materia civile, non lo potrà neppure l'art. 3, senza urtare contro il divieto dell'art. 4 disp. prel. al cod. civ.; perchè ammettere che la enumerazione dell'art. 3 sia *dimostrativa* e non *tassativa*, non significa altro che ammettere l'estensione analogica dell'art. 3 ad atti che sebbene ivi non enumerati, e quindi d'indole civile, sono però di natura analoga a quelli indicati nell'articolo. Non è chi non veda la stranezza, che la disposizione diretta a stabilire la sfera d'applicazione del diritto singolare, sia essa stessa suscettibile di estensione analogica! E una stranezza come questa, che porta, in fin dei conti, ad estendere per analogia norme di diritto penale (come bene osserva il VIVANTE, loc. cit.), dovrebbe risultare in modo molto esplicito dalla legge. Questa invece tace, la parola *reputa* con cui l'articolo 3 comincia l'enumerazione non potendo affatto — come erroneamente credevano gli autori del codice — dare alla disposizione un carattere esemplificativo (bene in questo senso BOLAFFIO, *Commento*, 2ª ediz., pag. 76). Le opinioni manifestate nei lavori preparatori, quando sono contraddette dalla logica del sistema, non possono aver alcun valore per l'interprete (cfr. FADDA e BENSÀ, *Note alle Pandette del Windscheid*, pag. 120; WACH, *Handb. d. Civilproz.*, pag. 258 e segg.; BINDING, *Handb. d. Strafrechts*, pag. 469 e segg.). Se però l'estensione analogica dell'art. 1 non è — secondo noi — ammessa, ciò non vuol dire che non ne sia ammessa l'interpretazione logica, anche *estensiva*, nei casi in cui *lex minus dixit quam voluit*. In senso recisamente contrario V. BOLAFFIO, *Commento*, pag. 77 e segg. La questione, adunque, merita ancora un attento esame.

determinare anzitutto se vi è analogia fra il rapporto di cui si tratta e qualcuno di quelli a cui si riferisce espressamente l'art. 3; poi vedere se vi è analogia fra questo rapporto e l'altro regolato espressamente dalla norma.

Ma se di una norma di diritto commerciale — in quanto è *ius singulare* di fronte al diritto civile — è inammissibile la estensione analogica a un rapporto d'indole civile, è, viceversa, possibile ed entro quali limiti che norme di diritto civile regolino rapporti d'indole commerciale? L'art. 1 cod. comm. dispone espressamente su questo punto: ma la norma in esso contenuta si sarebbe desunta egualmente dai rapporti esistenti tra diritto commerciale obiettivo e diritto obiettivo civile. I rapporti commerciali sono, prima che commerciali, rapporti *privati*; quindi, venendo meno la norma stabilita per la loro speciale natura di *commerciali*, soddisfatte cioè le esigenze della loro speciale natura, è logico si applichi ad essi il diritto *comune* o *generale*. Dove vien meno la norma di diritto singolare, rientra in vigore quella di diritto comune. L'art. 1 dunque non fa che confermare ancora una volta il carattere eccezionale del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Il principio ivi affermato che le lacune del diritto commerciale scritto e consuetudinario debbano colmarsi col diritto civile, non ammette diversa conclusione. In un sistema di norme di *diritto comune*, esaurita l'interpretazione grammaticale e logica, le lacune che possono restare nel sistema vanno colmate, prima coll'analogia, poi coi principii generali del sistema, infine coi principii generali di tutto il diritto positivo (art. 3 disp. prel.). Quando invece dai principii generali del sistema non si passa ai principii generali di tutto il diritto positivo, come porterebbe il processo di generalizzazione prescritto nell'art. 3, ma alle norme di un altro sistema, ciò significa che queste norme regolano, oltre i rapporti compresi nel sistema di cui fanno parte, anche i rapporti compresi nell'altro sistema, in quanto non vi siano norme speciali per questi ultimi: esse — in altri termini — costituiscono il *diritto comune* di tutto il complesso dei rapporti compresi nei due

sistemi, mentre le norme dell'altro sistema costituiscono un diritto *singolare* per una parte sola di questi rapporti.

Ma quando dovrà dirsi che *rien meno* la norma eccezionale? Quando cioè dovrà dirsi che nel diritto commerciale vi è una *lacuna* da colmarsi col diritto civile? La risposta è implicita nel fin qui detto. Diritto eccezionale è bensì il diritto commerciale di fronte al diritto civile; ma *tutto il diritto commerciale* non già la *singola disposizione espressa del diritto commerciale scritto*. Donde due conseguenze, egualmente importanti: a) si deve ricorrere al diritto civile solo quando *manchi assolutamente* una norma di diritto commerciale: e ciò accade quando, esaurita l'interpretazione grammaticale e logica, nè l'estensione analogica, nè i principii generali del diritto commerciale offrono modo di regolare il rapporto, di cui è questione. È un gravissimo errore, a cui non si sottrae alcuna volta neppure qualche scrittore dei più reputati, quello di limitarsi all'interpretazione grammaticale e logica delle singole disposizioni delle leggi commerciali, per concluderne, nel *silenzio* di queste, che vi è una lacuna da colmarsi col diritto civile. Non ogni *silenzio* della legge è *lacuna*; vi sono silenzi che significano *tacito riferimento* a norme poste indirettamente da desumersi mediante l'analogia; vi sono silenzi che significano riferimento pure *tacito* ai principii generali del sistema; b) si deve ricorrere al diritto civile solo quando manchi una norma di diritto commerciale di *qualunque genere*: quindi non solo una norma di diritto commerciale *scritto*, ma anche una norma di diritto commerciale *consuetudinario*: dove vi è norma consuetudinaria, deve essere applicata questa, non il diritto civile. Anche questa regola, che l'art. 1 espressamente sancisce, si sarebbe desunta egualmente dalla posizione del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Essa non implica affatto che la consuetudine abbia una posizione *privilegiata* nel diritto commerciale. Anzitutto lo stesso art. 1, limitando la forza obbligatoria della consuetudine a quei rapporti, pei quali la legge commerciale *non dispone*, le toglie ogni efficacia abro-

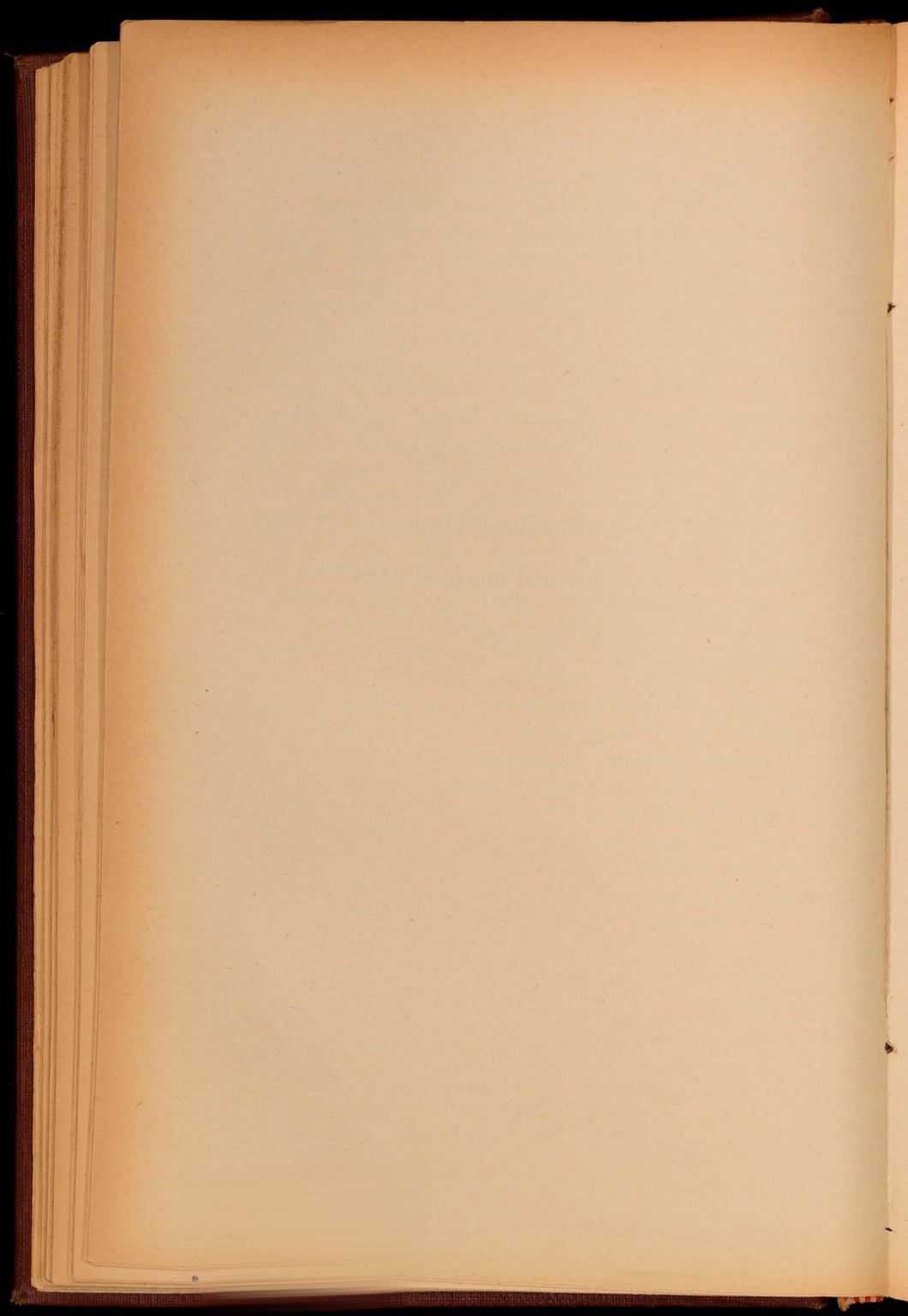
gatoria della legge scritta (1); in secondo luogo, la preferenza data alla consuetudine di fronte al diritto civile, non *pregiudica* per nulla la questione dei *limiti* della efficacia della consuetudine in materia commerciale; essa importa unicamente che la consuetudine commerciale, *in quanto è efficace*, precede nell'applicazione il diritto civile. Solo una consuetudine *legittimamente stabilita* esclude l'applicabilità del diritto civile. Di qui la conseguenza che le norme *imperative* del diritto civile si applicano *subito dopo* il diritto commerciale scritto, e non possono, in materia commerciale, essere derogate dalla consuetudine. È impossibile infatti addirittura la *formazione* di una norma consuetudinaria di diritto commerciale, contraria a una norma imperativa del diritto civile; ciò per il processo stesso di formazione della consuetudine; giacchè una serie di atti nulli perchè contrari a norme imperative del diritto civile non può dar luogo alla formazione di una consuetudine legittima. Questo è vero anche, e specialmente, per gli usi commerciali, i quali si formano dal ripetersi e generalizzarsi delle clausole contrattuali che, prima espresse, poi sottintese, finiscono per imporsi ai contraenti anche se questi nè ve le apposero espressamente, nè tacitamente vi si riferirono, e in tal modo diventano vere *norme giuridiche*. Se tali clausole sono contrarie a norme *imperative* del diritto civile, e quindi sono *giuridicamente inefficaci*, è chiaro che sulla base di esse non si potrà mai costituire una valida consuetudine. Le norme imperative del diritto civile dunque, nell'ordine delle norme regolanti i rapporti commerciali, vengono *immediatamente* dopo le leggi commerciali, non perchè esse siano preferite alla consuetudine, ma perchè ne rendono impossibile la formazione (2).

(1) In sostanza, anzi, come hanno benissimo dimostrato il FRANCHI, *Commentario al cod. di commercio*, I, pag. 17 e il BOLAFFIO, *Commento*, I, pag. 42 e segg., la consuetudine non ha, in materia commerciale, maggior importanza di quella che abbia, per gli art. 1124, 1134, 1135 cod. civ., in materia civile.

(2) Cfr. BOLAFFIO, *Commento*, pag. 55.

L' INTERPRETAZIONE
DELLE LEGGI PROCESSUALI *

* *Archivio giuridico*, 1906.



CAPITOLO I.

La teoria generale della interpretazione delle norme giuridiche e la sua applicazione alle singole categorie di norme.

SOMMARIO. — 1. Posizione del problema: esiste una teoria speciale della interpretazione delle leggi di procedura? — 2. Tendenza dominante: i principi sulla interpretazione sono principi generali, valevoli per tutti i campi del diritto. — 3. Teoria dello Scialoja sulla particolarità e relatività delle norme di interpretazione. Sua critica: natura dei principi di interpretazione. — 4. Principi generali e principi particolari di interpretazione.

1. — Uno studio sulla interpretazione delle leggi processuali, se pure, come è del presente scritto, non intende esaurire tutto l'interessantissimo tema, ma solo mostrarne l'importanza e toccarne i punti fondamentali, deve risolvere, anzitutto, un problema preliminare: quello, cioè, della ragion d'essere di una ricerca apposita sulla interpretazione delle leggi di procedura. Esiste, infatti, veramente, una particolare teoria della interpretazione delle leggi processuali? Oppure il problema della interpretazione va considerato soltanto da un punto di vista generale, senza riguardo alla particolare natura delle norme, a cui l'interpretazione si applica, e il suo studio deve perciò rinviarsi alla così detta « teoria generale del diritto »? In verità, dalle trattazioni dei processualisti, che finora si sono occupati del tema, non pare che emerga troppo la esistenza di una teoria autonoma dell'interpretazione nel diritto procedurale. Di solito, le pagine dedicate alla interpretazione, nei trattati e nei corsi di procedura, contengono ricostruzioni, spesso pregevoli, talvolta anche veramente ma-

gistrali, della teoria generale dell'interpretazione delle leggi: ma il diritto processuale non vi entra che indirettamente, e un po' alla sfuggita (1). Ciò può sembrare, a prima vista, molto significativo. Se proceduristi di grande valore, in Austria, in Germania, in Italia, occupandosi, nei loro trattati e nei loro corsi di procedura civile, della teoria dell'interpretazione non accennano ad una teoria speciale sulla interpretazione delle leggi di procedura, è assai probabile, si può concluderne, che una tale teoria speciale non esista. Eppure, malgrado questa

(1) Della interpretazione si sono occupati specialmente il MENER, *System des österreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Wien 1876, pag. 106-128; e il WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 1885, pag. 254-309. Ma il MENER tratta in modo particolare della interpretazione delle leggi di procedura in un punto soltanto: a proposito del § 437 del Regolamento generale giudiziario austriaco del 1781, che pretendeva restringere, in materia processuale, l'uso dell'analogia (MENER, *System*, pag. 121). Il WACH, poi, si limita generalmente a trarre dal diritto processuale civile un numero cospicuo, ed anche interessante, di esempi, per la illustrazione dei principj generali sulla interpretazione delle leggi; dimodochè, più che una teoria della interpretazione delle leggi processuali, egli ci offre una teoria della interpretazione delle leggi, illustrata sulla scorta di leggi processuali. Tuttavia, non mancano, nel WACH, qua e là, accenni a norme di interpretazione, proprie delle leggi processuali civili: v. p. es.: pag. 277 sub II, 2, in fine. Anche il SIMONCELLI, nel *Corso di diritto giudiziario civile*, professato all'Università di Roma, suole occuparsi, a lungo e bene, dell'interpretazione; ma anch'egli espone la teoria della interpretazione delle leggi in generale, non quella della interpretazione delle leggi di procedura (cfr. SIMONCELLI, *Corso di diritto giudiziario civile* [lit.], anno 1902-03, pag. 63 e segg.). Brevi, ma interessanti accenni ad una teoria speciale delle leggi di procedura si trovano invece in CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*: Corso di lezioni dell'anno 1905-06, Napoli 1906, pag. 95-96. L'osservazione fatta nel testo a proposito della interpretazione delle leggi processuali civili, vale anche per l'interpretazione delle leggi di procedura in materia penale, la cui esposizione esce dai limiti del presente scritto. Così principj generali in materia di interpretazione e non regole speciali alla interpretazione delle leggi processuali penali contengono i capitoli dedicati alla interpretazione da BENNECKE e BELING, *Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau 1900, pag. 24-27 e dal BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin 1898, pag. 35-44, il quale dichiara esplicitamente (pag. 35): « Per l'interpretazione delle leggi di procedura penale dell'impero, valgono in generale le stesse regole che per l'interpretazione delle leggi in genere e delle leggi dell'impero tedesco in specie ». Ed espone queste regole generali « allein da über diese Regeln durchaus keine Uebereinstimmung der Ansichten besteht ».

attestazione, tutta negativa, è vero, ma pure abbastanza eloquente, e soprattutto autorevole, della non esistenza di norme d'interpretazione proprie al diritto processuale, noi siamo convinti che queste norme esistono. Dire perchè, e come esistano, è dunque essenziale, ed è essenziale non solo perchè così si dimostra la ragion d'essere, e l'utilità del problema, che vogliamo risolvere, ma anche, perchè così si pongono le basi della soluzione; si stabilisce la natura di queste norme, si indicano i criteri per desumerle, si determinano i rapporti che le riconnettono alle norme generali di interpretazione, e i limiti che le separano da queste.

2. — La dottrina della interpretazione delle leggi, che fu elaborata, al pari di tante altre, dagli interpreti del diritto romano (1), figurò, per lungo tempo, nella tradizione scientifica, come parte integrante della teoria delle fonti del diritto. E, come questa costituiva, nei trattati sistematici, una premessa alla esposizione del diritto privato, così anche la teoria dell'interpretazione era considerata come una parte preliminare del diritto civile. Naturalmente, questa tradizione scientifica influì sulla pratica legislativa, e, dove i principî della interpretazione vennero tradotti in articoli di legge, essi trovarono posto nel codice civile, o come parte integrante di esso, o, almeno, come una specie di premessa o introduzione alle disposizioni del codice (2). Tuttavia, sostanzialmente, non si poneva affatto in dubbio che le regole d'interpretazione, esposte nei trattati e scritte nei codici, fossero, non già principî particolari al solo diritto privato, ma principî generali, dominanti tutto il campo della applicazione del diritto: concetto questo, che trovava la sua espressione in una frase,

(1) Fondamentale rimane ancora l'esposizione di DONELLO, *Commentarii iuris civilis*, I, 13 e segg.

(2) È questo appunto il caso del codice civile italiano: art. 3 e 4. Degli altri codici civili vigenti contengono disposizioni sulla interpretazione: il codice civile austriaco: art. 6 e 7; il codice civile portoghese: art. 11 e 16; il codice civile spagnuolo: art. 6.

spesso ripetuta, che quei principî fossero quasi una legge delle leggi. Generalmente, la questione della *natura* delle norme d'interpretazione, come norme comuni a tutto il campo del diritto, non era approfondita; nella stessa trattazione del Savigny, che fece epoca in materia, esse sono un po' considerate come vere norme di diritto positivo, un po' come l'espressione di una invariabile logica generale (1). Ma anche quando la dottrina germanica indirizzò le sue ricerche su questo punto, e venne affermato che le norme di interpretazione sono vere norme di diritto, e precisamente, norme rivolte al giudice (2), il carattere generale delle norme d'interpretazione ne venne ribadito. Rivendicata infatti al diritto processuale la teoria della interpretazione, questa si presenta di necessità come indipendente dalla particolare natura delle leggi, a cui si riferisce, così come le norme che regolano l'azione dello Stato per l'attuazione del diritto, sono, almeno fino ad un certo punto, indipendenti dalla natura dei singoli rapporti di diritto materiale, che si tratta di accertare e realizzare.

3. — A questa tendenza, che può dirsi veramente dominante, di considerare le norme sull'interpretazione come norme generali, comuni a tutto il campo del diritto, si è opposto di recente lo Scialoja (3). Per lo Scialoja, i principî sulla

(1) Cfr. SAVIGNY, *System des heut. röm. Rechts*, Berlin 1840, I, pag. 206 e segg.; 311 e segg. Concetti abbastanza precisi sulla natura delle regole d'interpretazione troviamo in WINDSCHEID, *Pandette*, § 20 in fine: « L'interpretazione può farsi, o mediante libera indagine, o per mezzo di norma giuridica. Solo la prima specie di interpretazione è vera interpretazione; la seconda è, in sostanza, stabilimento di un nuovo diritto; coll'aggiunta della disposizione, che il diritto nuovamente stabilito deve riguardarsi come già contenuto in una norma anteriore di diritto. In ogni caso, qui è da trattare solo della prima specie di interpretazione. Ma essa non è tanto una scienza, che possa insegnarsi, quanto un'arte, che deve impararsi; la teoria non può che richiamare l'attenzione sopra i punti di vista direttivi ».

(2) Vedi particolarmente DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena 1897, pag. 3, 85 e segg.

(3) VITTORIO SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, negli *Studi in onore di F. SCHUPFER*, *Diritto odierno*, Torino 1898, pag. 303 e segg.

interpretazione delle leggi sono essenzialmente relativi. Relativi, anzitutto, quanto al tempo ed al luogo, perchè essendo l'interpretazione parte del riconoscimento dell'esistenza della legge, i principi che la regolano fanno parte anch'essi delle norme che presiedono alla formazione della legge, e queste sono norme in gran parte consuetudinarie (il diritto che governa le leggi non può essere che essenzialmente consuetudinario), ma soprattutto sono norme dipendenti dalla struttura del corpo politico, a cui la legge appartiene, e quindi variabili secondo i tempi e i luoghi, col variare della organizzazione dello Stato. Per questo stesso motivo, le regole sulla interpretazione sono relative anche alle diverse specie di leggi, a cui devono applicarsi: il diritto generale, fondamentale, che governa l'organizzazione dello Stato e la formazione delle leggi, impone che le leggi si interpretino diversamente secondo la varia loro natura; così le leggi civili si interpretano presso di noi diversamente dalle penali, perchè il principio della libertà individuale limita le leggi restrittive, e le amministrative si interpretano diversamente dalle une e dalle altre, perchè vanno applicate, tenendo speciale conto dello scopo, al quale ciascuna legge è diretta, e dal quale è dominata (1).

Ciò che dice lo Scialoja è, ci sembra, in gran parte vero, non però in tutto vero. È vera l'osservazione, da cui egli prende le mosse: che una identica norma giuridica, espressa colle stesse parole, può interpretarsi diversamente, secondo la organizzazione politica dello Stato, che la emana. Ma ciò non significa punto che i principi sulla interpretazione siano norme di diritto pubblico, variabili secondo i tempi e i luoghi, col variare dell'organizzazione politica dello Stato. Ciò significa soltanto, che nessuna norma giuridica può essere interpretata isolatamente dall'insieme del sistema giuridico generale, di

(1) Vedi SCIALOJA, *op. cit.*, specialmente pag. 306 e 307. Queste idee dello SCIALOJA hanno trovato in Italia largo consenso. Vi aderirono: ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, nel *Filangieri* 1899, pag. 242 e 246; SIMONCELLI, *Corso di diritto giudiziario civile*, pag. 69-70; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pag. 95.

cui fa parte; che ogni variazione, anche parziale, nelle norme giuridiche costituenti il sistema, si ripercuote, più o meno sensibilmente, su tutte le altre norme del sistema: che, infine, tale ripercussione è particolarmente sensibile per i mutamenti nelle norme fondamentali del sistema: quelle cioè che regolano l'organizzazione politica dello Stato. Così, ad esempio, è vero che una identica norma di diritto penale può interpretarsi diversamente in uno Stato libero e in uno Stato dispotico: è vero che in quest'ultimo la si potrà estendere per analogia, mentre l'estensione analogica sarà vietata nel primo; ma ciò semplicemente perchè nello Stato giuridico il principio di libertà domina, come regola generalissima, tutta la legislazione positiva, e di fronte ad esso ogni norma penale è norma eccezionale; mentre, nello Stato di polizia, mancando ogni autolimitazione dei poteri dello Stato di fronte ai cittadini, la completa soggezione dei cittadini alla volontà dello Stato diventa la regola, e tutto il diritto penale non deve considerarsi tanto come deviazione da principî generali quanto come applicazione di essi. Non si tratta, dunque, di diversità di regole interpretative, ma di applicazione, a casi diversi, e quindi con diverso risultato, di un unico principio di interpretazione: quello che insegna a riconnettere sempre la singola norma, che si vuole interpretare, con tutto il sistema generale del diritto, pubblico e privato, scritto e consuetudinario, vigente in una data società politica. Non si può, adunque, accettare, ci sembra, questa prima parte delle conclusioni dello Scialoja, che le norme sulla interpretazione siano norme principalmente consuetudinarie, variabili col variare dell'ordinamento politico dello Stato. Noi crediamo, al contrario, che esistano regole generali di interpretazione delle norme giuridiche, fisse, immutabili, indipendenti dalla concreta organizzazione politica dello Stato. Con ciò — si noti bene — non si intende punto di dire che queste regole costituiscano una specie di diritto naturale o razionale, valevole per tutti i tempi e per tutti i luoghi, e superiore quindi alla legge costituita. Noi crediamo, invece, semplicemente, che le norme sulla interpretazione delle

leggi non siano punto norme giuridiche. Questa osservazione semplicissima ci spiega la vera natura dei principi sulla interpretazione delle leggi e ci dà la ragione della loro assolutezza ed immutabilità. E che norme giuridiche non siano ci è dimostrato da una arguta osservazione che fa lo stesso Scialoja. Per provare che le norme sulla interpretazione appartengono al diritto pubblico fondamentale, e, come tali, sono governate principalmente dalla consuetudine, lo Scialoja domanda: chi, infatti, potrebbe dettare le norme per interpretare le leggi sulla interpretazione? (1). Nulla di più giusto. Se le norme sulla interpretazione sono norme giuridiche, anch'esse sono volontà collettiva dichiarata, e anch'esse debbono essere interpretate. Ma, da questa premessa, non si deve concludere soltanto, come fa lo Scialoja, che le norme sulla interpretazione sono norme di diritto consuetudinario, perchè anche le norme consuetudinarie vanno interpretate (2), e allora l'obiezione si può ritorcere, e alla domanda dello Scialoja si può rispondere con un'altra domanda: con quali norme si interpreteranno allora le norme consuetudinarie sulla interpretazione? Ci troviamo dunque in un circolo vizioso, da cui non è possibile uscire. L'assurdità e sterilità dei risultati, a cui conduce lo studio del problema, posto in questi termini, ci ammonisce che siamo sopra una strada sbagliata, che falsa è la premessa da cui partiamo, la premessa cioè che le norme d'interpretazione delle leggi siano norme giuridiche (3). E che

(1) SCIALOJA, *op. cit.*, pag. 307.

(2) WINDSCHEID, *Pand.*, § 20 in fine, § 22 in fine; FERRINI, *Pand.*, n. 19; CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile*, I, Torino 1904, pag. 55. WACH, *Handb.*, pag. 255 sebbene affermi che si può parlare di una interpretazione del diritto consuetudinario solo nel senso più ampio, per cui ogni atto è oggetto di spiegazione, ammette tuttavia che vi sono operazioni dell'attività interpretativa, le quali si applicano ugualmente al diritto scritto e a quello non scritto.

(3) Il concetto dello SCIALOJA, che le norme di interpretazione siano norme giuridiche, variabili secondo le diverse legislazioni positive si trova chiaramente adombrato in WACH, *Handb.*, pag. 254-255: « Die Theorie der Gesetzesauslegung (inristische Hermeneutik) ist die Lehre von der Feststellung Gesetzesinhaltes... Sie steht unter Grundsätzen welche entweder positivrechtlich oder aus der Natur der Sache, dem Wesen des Gesetze und der Interpre-

norme giuridiche non siano, ma principî d'altra natura, ci è dimostrato dal concetto e dalla funzione stessa della interpretazione. Il processo dell'interpretazione — è noto — consiste nel risalire dalle manifestazioni esterne della volontà collettiva espressa nella legge o nella consuetudine, fino alla volontà stessa, per determinarla nel suo contenuto (1). Ora non si può pensare che esistano norme giuridiche, ossia dichiarazioni di volontà collettiva, che abbiano per oggetto di determinare il contenuto della stessa volontà collettiva. Non si può *voler volere*; si vuole, semplicemente (2). In generale, ogni volta che noi

tationsaufgabe abgeleitet sind ». Più di recente il carattere di vere norme giuridiche dei canoni interpretativi fu vigorosamente sostenuto dal DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, pag. 85-86 e in specie dal MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, fasc. I, Macerata 1906.

(1) Che la legge sia volontà dello Stato e quindi volontà collettiva dichiarata è riconosciuto oramai concordemente da tutta la dottrina: cfr. WACH, *Handb.*, pag. 256; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, I, pag. 197; MERKEL, *Iuristische Encyclopädie*, 3ª ed., Berlin 1904, § 102; FILOMUSI-GUELEI, *Enciclopedia giuridica*, § 23; CAMMEO, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto pubblico nel Primo Trattato di diritto amministrativo italiano* dell'ORLANDO, I, pag. 13 e segg.; VANNI, *Corso di filosofia del diritto*, Bologna 1904, pag. 73 e 83; ANZILOTTI, *Teoria della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902, pag. 3 segg. Ma anche la consuetudine è volontà collettiva dichiarata: cfr. FILOMUSI-GUELEI, *Enciclopedia*, § 20, e da ultimo DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, Bologna 1906, pag. 74-77. Benissimo quindi BINDING, *Handbuch*, pag. 197, afferma: « Alles objektive Recht ist erklärter Gemeinwille ». Sull'elemento della volontà nella norma giuridica o elemento imperativo del diritto: v. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, § 21; BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha 1883, II, pag. 305 e segg.; MERKEL, *Elemente der allgemeine Rechtslehre*, nella *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* di HOLTZENDORFF, 5ª ed., Leipzig 1890, § 4 e segg.; SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau 1887, pag. 15 e segg.; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Iena 1903-1906, I, pag. 98 e segg.; e recentissimamente, MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, pag. 51 e segg. Sui rapporti tra il momento esterno e il momento interno dell'azione in genere e dell'atto volitivo in specie v. le giuste osservazioni di DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, pag. 11 e segg.

(2) Per questa ragione la così detta *interpretazione autentica*, ossia la interpretazione di una legge mediante una nuova legge, non è vera interpretazione, ma formazione di diritto nuovo: WINDSCHEID, *Pandette* § 20; FERRINI, *Pand.* n. 20; WACH, *Handbuch*, pag. 255.

ci troviamo di fronte a precetti, che hanno per iscopo di far interpretare in un modo prestabilito un determinato fenomeno, due sole ipotesi sono possibili. O si tratta di vere norme giuridiche, vale a dire di precetti rivolti alla volontà, e allora si ha il risultato che il diritto riconnette solo *apparentemente* effetti giuridici al fatto di cui è questione, ma *sostanzialmente* assume come causa efficiente di tali effetti, quegli altri fatti, che vengono dichiarati indici necessari e sufficienti del dato fenomeno; si ha perciò una forma di *finzione* giuridica. Così, nel sistema delle *prove legali*, in realtà, si sostituisce, per una finzione di legge, alla verità materiale, una verità tutta formale, quale risulta da certi fatti, a cui si attribuisce un valore predeterminato. Quando, invece, come è evidentemente il caso delle norme di interpretazione, si vuol soltanto dare una guida per ben conoscere un dato fenomeno nella sua esistenza reale, non si impongono più norme di condotta alla volontà, ma si enunciano regole che deve seguire l'*intelligenza* per giungere ad una conoscenza determinata. Mentre il campo di applicazione della norma etica in generale, e della norma giuridica in particolare, è il campo della volontà e dell'azione (1), nell'interpretazione non la volontà è in giuoco, ma l'intelligenza; non vi sono più fini possibili da conseguire, fra i quali la volontà possa determinarsi, ma vi è una verità da conoscere. Ora quella specie di attività mentale, che è l'attività conoscitiva, è bensì regolata da leggi, ma queste leggi sono ben diverse dalle leggi etiche, che riguardano una azione possibile e sopportano la contraddizione (2); esse sono invece

(1) Cfr. FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia*, §§ 4, 5 e 8; VANNI, *Filosofia del diritto*, pag. 91, 105 e segg.; DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, pag. 10 e segg. Se ogni precetto giuridico è *estrinsecazione di volontà* (MERKEL, *Juristische Encyclopädie* § 42), è chiaro che esso deve rivolgersi ad una volontà, perchè — come osserva giustamente il BIERLING — ogni volontà può riferirsi solo ad un operare futuro o del volente o di un altro (BIERLING, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, II, pag. 342). Cfr. anche DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, pag. 77 e segg. e SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau 1887, pag. 16 e segg., 22 e segg.

(2) La possibilità della violazione è anzi uno dei caratteri salienti della norma giuridica: cfr. DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, pag. 46 e segg.

le così dette *leggi logiche*, le leggi che regolano il processo del pensiero nella conoscenza: queste leggi assomigliano assai più alle leggi naturali che alle etiche, se pure non debbono addirittura classificarsi insieme con quelle in un'unica categoria. Le così dette norme sulla interpretazione delle leggi, sono dunque, semplicemente, canoni di logica; il diritto è qui soltanto la *materia*, a cui le leggi logiche, che sono leggi eminentemente formali, si applicano. Come vi è una logica matematica, una logica delle scienze naturali, una logica delle scienze storiche, una logica statistica, e via dicendo, così vi è una logica delle scienze giuridiche o logica giuridica. Il problema della logica giuridica è un aspetto del problema della logica generale, la quale — come è noto — si propone di stabilire le leggi, secondo cui si svolge il processo della conoscenza, e seguendo le quali si può procedere, senza errore, da una conoscenza data a una conoscenza cercata. Ciò che si conosce, qui, sono le manifestazioni esterne della volontà collettiva, le parole o gli atti, con cui essa fu espressa, le circostanze, in cui tali manifestazioni ebbero luogo, le ragioni, che occasionarono le singole manifestazioni, la correlazione, in cui ciascuna manifestazione si trova con altre manifestazioni della stessa volontà collettiva ecc. Ciò che si vuol conoscere è il contenuto esatto della volontà collettiva, la quale in quei segni si manifesta. Il procedimento è quello che in logica si chiama *prova per segni* o *prova entimematica*, secondo l'espressione di Aristotele (1).

4. — Questa conclusione, che le regole sulla interpretazione delle leggi non sono norme di diritto (2), ma canoni di

(1) MASCI, *Logica*, Napoli 1903, pag. 333 e segg.

(2) Inutile quindi deve dirsi, se non addirittura dannosa, la formulazione di canoni interpretativi da parte del legislatore e giustamente nel progetto definitivo del vigente codice civile germanico furono eliminate le disposizioni contenute nel primo progetto sulla interpretazione: cfr. su ciò HÖLDER, nell'*Arch. für die civilistische Praxis*, LXXIII, pag. 8 e segg.; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, pag. 2 e

logica, oltre a varie altre conseguenze importanti per la teoria dell'interpretazione, ne ha due di particolare interesse per il nostro argomento. Essa, da un lato, conferma, contro lo Scialoja, che esistono principî o canoni di interpretazione valevoli per tutti i campi del diritto, fissi e veri per tutti i tempi e per tutti i luoghi. Dall'altro, essa prova, a favore dello Scialoja, che, oltre a questi principî generali, ve ne sono altri, particolari

segg.; SEGRÈ, *La parte generale del codice civile germanico*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* XXX, pag. 3 e segg. Contro il carattere giuridico delle norme di interpretazione, v. anche ROCHOLL, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, X, pag. 312 e segg.; WÜRZEL, *Das iuristische Denken*, Wien 1904. Si avverta però che quanto è detto nel testo concerne in modo diretto solo i principî sulla interpretazione delle leggi, non quelli sulla interpretazione dei negozi giuridici. Non già che, a nostro credere, le regole scritte nei codici sulla interpretazione delle dichiarazioni private di volontà siano da considerarsi come norme giuridiche di per sé stanti: a ritenerle tali si oppone anche qui, la generale natura imperativa del diritto. Ma, al pari di tutte le altre norme che non contengono un autonomo precetto giuridico, ma sono rivolte soltanto a spiegare il contenuto di altre norme (norme esplicative o dichiarative: cfr. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, §§ 33 e segg.; WINDSCHIED, *Pand.* § 27) esse non vanno considerate come norme autonome, ma come parte di altre norme (cfr. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pag. 347), quindi le regole sulla interpretazione dei negozi giuridici non sono che norme complementari di quelle che attribuiscono efficacia giuridica alle dichiarazioni private di volontà. Così le regole degli art. 1131 e segg. cod. civ. non sono, chi ben consideri, che complemento e spiegazione delle norme contenute negli art. 1098, 1123, 1130 cod. civ., di cui giuridicamente fanno parte. Sulla questione, se le norme sulla interpretazione dei negozi giuridici debbano considerarsi come appartenenti alla categoria delle norme suppletive (norme che valgono in mancanza di una dichiarazione di volontà privata) cfr. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1897, pag. 56 e segg. Noi incliniamo a credere che si tratti non di norme dirette a integrare la mancante volontà della parte, ma di norme dirette a determinare gli effetti della esistente volontà della parti, ossia di norme aventi per iscopo di stabilire i modi e i limiti della efficacia giuridica della volontà privata. Ciò conferma che non si tratta di norme autonome, ma di parti di altre norme, e precisamente di quelle che stabiliscono gli effetti giuridici delle dichiarazioni private di volontà. Un simile punto di vista non sarebbe però in alcun modo possibile per i principî sulla interpretazione delle leggi: questi, appunto perchè si riferiscono non ad una data norma, ma a tutto il complesso del diritto obiettivo, non possono considerarsi completamento di altre norme giuridiche; esse sono regola per intendere qualunque norma giuridica come tale, e quindi, per ciò solo, non fanno parte, ma sono all'infuori della norma giuridica.

alle diverse categorie di norme, secondo la varia loro natura, o meglio secondo la varia natura dei rapporti, che esse sono destinate a regolare. Esistono anzitutto canoni generali di interpretazione, e sono quelli che si desumono dalla natura della norma giuridica come tale, ossia dal concetto stesso del diritto. In tal modo si stabilisce, ad esempio, dato che la legge è manifestazione della volontà dello Stato, che oggetto dell'interpretazione è la conoscenza della volontà dello Stato contenuta nella legge; che per conoscere tale volontà bisogna tener conto non solo del valore che le parole adoperate hanno, secondo l'uso comune del linguaggio, ma anche delle circostanze, in cui avvenne la formazione della legge, delle sue relazioni con le altre leggi, e soprattutto della natura del rapporto sociale che essa regola, e dei bisogni sociali a cui deve provvedere; con che, noto di passaggio, non si fa che applicare alla conoscenza della legge il noto principio di logica per cui, nella prova per segni, quando nessuno dei segni è necessario, il grado della necessità dei segni non si raggiunge, se non quando la coincidenza o sintesi dei segni determina la necessità del rapporto tra essi e la cosa significata (1). Con lo stesso procedimento si stabilisce ancora, ad esempio, che di fronte ad una norma di legge, la quale regola uno o più rapporti singoli, è possibile la sua estensione per analogia, ad altri rapporti somiglianti, quando è possibile generalizzare la norma provando che essa è il riconoscimento, in un caso singolo, di una norma più generale, che comprende anche questi casi: mentre, quando al contrario si prova che la norma è veramente particolare a determinati casi, perchè gli altri casi dello stesso genere sono regolati da una norma generale diversa, ossia si prova che la norma è eccezionale, l'estensione analogica non è ammessa e si deve invece *argomentare a contrario* per gli altri casi non contemplati. Anche qui occorre appena notare, che siamo di fronte alla pura e semplice applicazione di un principio di logica; quello cioè che nell'ana-

(1) MASCÌ, *Logica*, pag. 335.

logia, l'illazione è possibile soltanto e nella misura, nella quale è possibile la generalizzazione dell'esempio addotto (1).

Ma, accanto a questi principi, che si ottengono, considerando la norma giuridica nei suoi caratteri generali, altri, abbiamo detto, se ne possono desumere, prendendo in considerazione le varie categorie di norme distinte secondo la diversa natura dei rapporti sociali che da esse sono regolati. Qui la norma non si considera più astrattamente, nei suoi caratteri formali; si ha riguardo invece al suo contenuto sostanziale, e sotto questo punto di vista, si prendono in esame tutte le norme, che regolano lo stesso ordine di rapporti: per esempio tutte le norme che regolano i rapporti tra privati, il cui complesso costituisce appunto il diritto privato. La considerazione della natura dei rapporti regolati importa una più particolareggiata applicazione dei canoni generali di logica; donde una serie di regole speciali di interpretazione, le quali non sono che una ulteriore e più precisa determinazione delle regole generali. Nè basta. È noto che nel seno stesso di ciascuna grande categoria di norme: diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo e via dicendo, sono possibili altri raggruppamenti di norme secondo la serie più particolare di rapporti regolati: per es.: nel campo del diritto privato, si può distinguere il diritto di famiglia, il diritto di successione, ecc.; orbene, sono possibili ulteriori specificazioni e applicazioni dei canoni d'interpretazione, man mano che si procede verso una maggiore determinazione delle norme secondo la natura dei rapporti regolati. In generale può dirsi, che fintantochè si considera, non la norma singola, ma un gruppo più o meno ampio di norme, in ragione dei loro caratteri comuni, e si procede, in base a questi caratteri, ad una più specifica applicazione dei canoni interpretativi, da tale applicazione si possono desumere sempre più particolareggiate regole d'interpretazione. Solo quando quei canoni si adoperano per la conoscenza della norma singola, completa in tutti i

(1) MASCI, *Logica*, pag. 337 e 338.

suoi elementi particolari, risultato di tale applicazione non saranno più semplicemente norme per la conoscenza della norma, ossia principî d'interpretazione, ma sarà addirittura la conoscenza della norma. Fra i due estremi, quello di considerare nella norma solo i suoi caratteri formali di norma giuridica, e quello di considerarla in tutte le sue concrete particolarità, vi è una intiera gradazione di criteri, secondo che si ha riguardo ad uno, o ad alcuni, o a più elementi concreti che essa ha comuni con altre norme, ossia, secondo che si prendono gruppi sempre meno ampi di norme e si considerano i loro elementi comuni. È certo dunque che, accanto alla teoria generale dell'interpretazione, che applica i canoni di logica a tutte le norme giuridiche, considerate nei loro caratteri comuni, e che perciò considera la norma di diritto *come tale*, nelle sole sue note essenziali, vi sono tante speciali teorie dell'interpretazione, per ciascuno dei grandi rami del diritto: per il diritto civile, per il diritto commerciale, per il diritto penale, per il diritto amministrativo, per il diritto costituzionale, per il diritto finanziario e, anche, naturalmente per il diritto processuale. Compito di ciascuna di queste teorie speciali è di desumere dalla natura dei rapporti regolati, le caratteristiche comuni a tutte le norme appartenenti alla parte del diritto, di cui si tratta, ottenendo così, da tali nuovi e particolari elementi, più determinati criteri di interpretazione; di procedere inoltre, nel senso di ciascuna grande categoria di norme, alla determinazione di altre categorie più piccole, aventi nuovi elementi comuni caratteristici, atti a fornire criteri interpretativi anche più determinati.

CAPITOLO II.

I principi speciali sulla interpretazione delle leggi di procedura in materia civile e le loro caratteristiche.

SOMMARIO. — 5. Co netto e particolare natura del diritto processuale civile obiettivo. — 6. Prima caratteristica generale della interpretazione delle leggi processuali: limitazione della interpretazione progressiva. — 7. Sue cause. — 8. Suoi effetti. — 9. Seconda caratteristica della interpretazione in materia processuale: la ricerca degli scopi, anche remoti, della legge, per l'uso dei poteri discrezionali del giudice.

5. — In questo modo abbiamo non solo stabilito l'esistenza di regole particolari di interpretazione per il diritto processuale civile, ma abbiamo, inoltre, tracciato anche la strada per determinarle. Bisogna partire dal concetto stesso del diritto processuale e dei rapporti che esso regola. Il diritto processuale civile è il complesso delle norme che regolano i rapporti tra lo Stato e i cittadini derivanti dall'esercizio della funzione giurisdizionale civile. Non è certo questo il luogo di entrare in particolari disquisizioni sul concetto di giurisdizione civile: ci basti ricordare brevemente che la giurisdizione civile è quella funzione dello Stato, in virtù della quale esso interviene per realizzare gli interessi privati garantiti dal diritto obiettivo: intervento strettamente connesso al divieto della difesa privata (1). Il diritto processuale è adunque bensì diritto pubblico, perchè regola l'esercizio di una funzione di Stato, ma ha questo di caratteristico e di particolare di fronte agli altri rami del diritto pubblico: che quella funzione dello Stato

(1) Vedi per più ampi sviluppi, ROCCO (ALFR.) *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 6 e segg.

consiste nella realizzazione di un interesse semplicemente *riflesso* dello Stato, l'interesse cioè che siano soddisfatti gli interessi individuali tutelati dal diritto privato. Nella funzione giurisdizionale civile lo Stato ha, al pari che nelle altre sue funzioni disciplinate da altri rami del diritto pubblico, uno scopo proprio da raggiungere: solo, tale scopo, non è come in queste altre funzioni, *primario*, ma semplicemente *secondario*, vale a dire è uno scopo che consiste nella realizzazione di interessi di altri subietti che lo Stato fa propri e soddisfa per conto dei loro titolari. Precisamente, il contenuto dell'interesse statale è qui dato dall'interesse privato garantito dalla norma di diritto materiale. Da questa condizione di cose derivano due conseguenze importanti. Deriva anzitutto, che il diritto processuale civile garantisce in ultima analisi gli stessi interessi concreti che garantisce il diritto privato materiale, e quindi, non ha, in fondo, un contenuto sostanziale suo proprio; esso è un complesso di *norme secondarie*, di *norme-mezzo*, di fronte alle norme di diritto materiale (1). In secondo luogo deriva, che, come, di regola, nel diritto privato, si lascia in facoltà del cittadino di perseguire o non i suoi interessi individuali tutelati giuridicamente, così, nel diritto processuale civile, la realizzazione di tali interessi per opera dello Stato, non diviene un interesse di Stato, e non dà luogo all'esercizio della funzione giurisdizionale civile, se non in quanto il singolo ne chiedi la realizzazione; cosicchè

(1) Il processo non è dunque che una delle forme con cui lo Stato tutela giuridicamente gli interessi o beni della vita; essa non è punto l'unica forma di tutela giuridica, come accade non di rado di sentir dire, specialmente a proposito degli scopi del processo. Vi è invece una tutela *legislativa* e una tutela *giudiziaria* degli interessi privati: la prima *garantisce* gli scopi individuali; la seconda li *realizza* nei limiti della garanzia. La tutela giudiziaria inoltre non è che una delle forme di realizzazione degli interessi garantiti dal diritto: cfr. su ciò Menger, *System*, pag. 3 e segg., il quale distingue una « ungeordnete Rechtsverfolgung » e una « geordnete Rechtsverfolgung » a cui apparterebbe anche il processo civile (la distinzione è accolta completamente da POL-LAK, *System des österreichischen Civilprozessrechtes*, I, Wien 1903, pag. 98 e segg.). Tutto ciò dimostra la strettissima connessione tra il processo civile e il diritto privato materiale come forme diverse di tutela degli identici interessi.

di regola, una dichiarazione di volontà del privato è necessaria perchè lo Stato assuma come suo scopo il soddisfacimento di un interesse privato. Dalla volontà privata dunque dipende, di regola, tutto l'esercizio di questa forma di attività statuale (1). Questo incorporarsi, a dir così, di una sostanza di diritto privato in un involucro di diritto pubblico, è un elemento caratteristico del diritto processuale civile e determina non poche particolarità nei principi sulla interpretazione delle leggi in materia processuale.

6. — Dall'essere le norme processuali *norme secondarie o norme-mezzo* deriva intanto una regola generalissima in materia di interpretazione delle leggi di procedura, che è interessante porre in rilievo. Il diritto processuale non sente, se non in via molto lontana e molto indiretta, l'influsso dei mutamenti e delle evoluzioni nei fenomeni sociali, che invece hanno tanta importanza, non solo per la legislazione, ma anche per la interpretazione, nel diritto materiale. Pur senza giungere fino alle conclusioni veramente eccessive di qualche scrittore recente (2), non si può non riconoscere, contro la

(1) Ne dipende sempre, salvo casi eccezionalissimi (cfr. art. 688 cod. comm.) l'inizio: ma ne dipende anche in gran parte lo svolgimento ulteriore (principio di *disposizione delle parti*). Se però il provocare l'attività dello Stato è, di regola, rimesso all'arbitrio delle parti, il modo con cui le parti debbono comportarsi a questo scopo, e il modo con cui gli organi di Stato debbono agire per adempiere alle loro funzioni, è, generalmente, regolato con norme *cogenti o imperative*, non derogabili cioè dalla volontà delle parti o degli organi di Stato. Ciò non toglie che, in alcuni casi, tale deroga sia permessa: si parla allora di *norme processuali dispositive*: cfr. BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXIV, pag. 1 e segg.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, pag. 79 e segg.; POLLAK, *System*, pag. 117 e segg.

(2) Per esempio, il GÉNY, *Interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, specialmente pag. 178 e seg., il quale considera la natura dei fatti e i bisogni sociali come l'unica fonte sostanziale del diritto, e la legge e la consuetudine pure manifestazioni isolate e frammentarie del diritto da quelli derivante. Si tratta, in fondo, di un ritorno al concetto del diritto naturale o razionale, considerato come vero diritto vigente all'infuori e al disopra della legge e della consuetudine. Presso a poco ciò, che il GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1875 scriveva molti anni or sono: v. spe-

dottrina tradizionale, la grande importanza che ha, per l'interpretazione della legge, la considerazione del rapporto sociale, che essa è destinata a regolare. Quella *natura delle cose*, che una dottrina, capitanata in Germania dall'Adickes, e accolta anche in Italia da qualche scrittore autorevole (1), classifica, addirittura, tra le *fonti del diritto*, è, certamente, invece, una *fonte di interpretazione* o di *conoscenza* del diritto (2). Se la norma giuridica non è che *forma*, il cui contenuto è dato dai bisogni o scopi della vita, non è possibile conoscere la norma, senza conoscere e tener conto degli scopi che essa vuol garantire, dei rapporti sociali, che vuol regolare. Ma la legge non è un fatto storico, che si possa studiare all'infuori di noi e della presente vita sociale, ma, per dirla con una frase immaginosa del Wach, è una volontà avente una efficacia continuativa, è una forza costantemente viva (3). Non basta dunque, per conoscerla, riferirsi ai bisogni e ai rapporti sociali del tempo, in cui essa fu emanata; la legge non si interpreta come un'opera letteraria, o come un documento storico qualunque; bisogna, invece, porla in rapporto coll'odierna vita

cialmente pag. 302-303. Una tendenza analoga, ma più rigorosamente poggiata sulla natura della funzione del giudice in rapporto alla legge, in BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885, pag. 45 e seg. e affatto recentemente nello scritto: *Ueber das Verhältniss der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, in *Das Recht*, X (1906), pag. 770 e segg. (V. a pag. 772, note 3-6 l'elenco degli scrittori tedeschi che si accostano a questo indirizzo). Anche più radicale è la tendenza manifestatasi in alcuni recenti scrittori tedeschi, che parlano addirittura di una « giurisprudenza modificatrice del diritto » e di « emancipazione del giudice dalla legge »: cfr. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, pag. 13, 16, 21, 27 ecc.; RUMPF nei *Jahrbücher* di JHERING, XLIX, pag. 404 e segg.; STAMPE, nella *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1905, pag. 1017 e segg.; e un giurista che si nasconde sotto lo pseudonimo di « Gnaeus Flavius » nello scritto recentissimo: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.

(1) ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, pag. 22 e seg.; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1880-1886, pag. 85; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, 1^a ed., Torino 1893, pag. 64, 2^a ed., Torino 1903, pag. 73 e segg.

(2) FRANCHI, *Commentario al Codice di Commercio*, pag. 6, nota 7; ANZILLOTTI, *La responsabilità dello Stato*, pag. 30; REGELSBERGER, *Pand.*, pag. 68.

(3) WACH, *Handb.*, pag. 357.

sociale, coi nuovi bisogni o rapporti sociali che si sono aggiunti o sovrapposti agli antichi, e che reclamano anch'essi la tutela del diritto. Quando il contenuto è sfuggito da questa forma, che è la norma giuridica, bisogna bene che noi vi sostituiamo il nuovo contenuto sociale che, nella realtà della vita, è subentrato all'antico, se vogliamo che la norma resti quello, che deve essere, cioè una forza costantemente viva (1). Saranno, senza dubbio, necessari temperamenti e limiti in questo lavoro di adattamento, perchè l'interprete non scambi la realtà della vita sociale col modo, con cui egli la concepisce, e occorrerà inoltre che, nel complesso sistematico della legislazione, vi sia una decisa e chiara tendenza a prendere in considerazione ai fini del diritto, quell'ordine di fenomeni o di bisogni sociali, di cui è questione. Certo, però, questa così detta *interpretazione progressiva* è, in fondo, non solo una necessità logica, ma soprattutto una necessità pratica, a cui, nel fatto, si inchinano anche i più rigorosi propugnatori delle teorie tradizionali. Per il nostro tema è ora interessante osservare che la interpretazione progressiva ha, nel campo del diritto processuale, una importanza assai più limitata che nel diritto privato materiale. Mentre, nel diritto materiale, il

(1) Sulla interpretazione progressiva v. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, pag. 454 e seg.; KOHLER, nella *Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht*, XIII, pag. 1 e seg.; HÖLDER, *Pandekten*, Freiburg 1891, pag. 42 e seg.; REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, pag. 64 e seg.; FERRINI, *Pand.*, num. 22. L'obiezione del GÉNY, *op. cit.*, pag. 228 e seg. contro l'interpretazione progressiva, basata su ciò che la legge essendo un atto di volontà emanante da un uomo o da un gruppo d'uomini e condensato in una formola, deve essere interpretata ricostruendo la volontà di coloro che la formarono, non tien conto del fatto che la legge non è la manifestazione di volontà individuali, ma della volontà dello Stato. Gli individui che la formarono agivano in qualità di organi dello Stato. Se quindi la legge, come ogni dichiarazione di volontà di una persona giuridica, è psicologicamente espressione di volontà individuali, giuridicamente essa è espressione di una volontà collettiva, e precisamente della volontà della persona giuridica Stato. E come volontà dello Stato, la legge è un atto di volontà immanente, sempre vigile e viva, non una volontà transeunte, il cui contenuto debba fissarsi a un momento determinato.

contenuto sostanziale della norma è dato proprio da quei rapporti sociali, che sono in continuo mutamento ed evoluzione, il contenuto sostanziale della norma di procedura è dato dall'interesse tutto secondario e mediato, alla realizzazione degli interessi primari, che il diritto materiale tutela; ora questo generico interesse processuale resta sempre lo stesso, per quanto possano variare ed evolversi gli interessi sostanziali, a cui esso si riferisce. E i fatti ci dimostrano che la stessa forma processuale può servire egualmente bene alla realizzazione dei più svariati interessi materiali: alla rivendicazione di una cosa, e alla dichiarazione di nullità di un testamento, all'azione di disconoscimento di paternità e alla domanda di risarcimento di danni. La relativa fissità dell'interesse processuale, importa dunque che nel diritto processuale di regola non vi sia luogo a quel lavoro di adattamento del diritto vigente ai nuovi fenomeni sociali, che è così vivo e proficuo in alcune parti del diritto materiale.

Ma, nel campo del diritto processuale, non soltanto è minore la *necessità* della interpretazione progressiva; ne è minore altresì la *possibilità* di applicazione. O, in altri termini, anche quando, per le mutate condizioni sociali, si manifesta l'esigenza di un mutamento nei modi di realizzazione degli interessi privati garantiti dal diritto, ben difficilmente questa esigenza può essere soddisfatta per via di interpretazione, mediante adattamento della norma ai nuovi bisogni, ma si rivela invece necessario, a tale scopo, l'intervento degli organi legislativi dello Stato. Le cause di tale fenomeno sono molteplici, e tutte dipendenti dalla particolar natura del diritto processuale.

7. — Il diritto processuale civile regola una specifica e ben determinata funzione dello Stato: la realizzazione, per opera di organi statuali, degli interessi privati tutelati dal diritto obiettivo. Nell'esercizio di tale funzione lo Stato deve procedere colle più grandi cautele e con le più efficaci garanzie: esso infatti deve evitare egualmente il pericolo di soddi-

sfare interessi non effettivamente tutelati, invadendo così il legittimamente la sfera di libertà dei singoli, e il pericolo di negare soddisfacimento ad interessi realmente protetti, violando così, per altro verso, diritti subiettivi concessi dall'ordinamento giuridico. Da ciò la necessità che le condizioni e i limiti dell'attività dello Stato siano regolate con norme rigorose e ben determinate, quali sono quindi, generalmente, le norme processuali. Questa precisione e questo rigore nella determinazione delle condizioni e dei limiti della attività degli organi giurisdizionali esclude, di regola, la possibilità della interpretazione progressiva, che presuppone sempre lacune nella legge o ambiguità nella espressione legislativa (1).

Un'altra causa, derivante anch'essa dalla speciale natura del diritto processuale, contribuisce a limitare qui, più che in altri campi del diritto, l'opera dell'interprete. Il diritto processuale civile, regolando una funzione di Stato, regola, in buona parte, l'attività degli organi che lo Stato destina a tale funzione. Ora tutto ciò che concerne l'organizzazione giudiziaria non appartiene alla attività giurisdizionale, ma alla attività amministrativa dello Stato, ne segue le regole, ne divide i freni ed i limiti. Contro i quali perciò non di rado viene ad urtare ogni possibilità di interpretazione progressiva del diritto processuale. Questa, se pur riesce a superare l'ostacolo che proviene dalla lettera della legge di procedura, deve qualche volta fermarsi di fronte ai divieti delle leggi amministrative e finanziarie. I nuovi atteggiamenti che assume una funzione implicano non di rado mutamenti nella struttura dell'organo: donde la possibilità che ragioni amministrative o finanziarie formino ostacolo agli adattamenti, di cui la vigente legge di procedura, un po' largamente interpretata, sarebbe suscettibile.

(1) Mediante l'interpretazione progressiva si può completare o correggere il testo legislativo, non già mutarlo. Cfr. FERRINI, *Pand.*, pag. 36 testo e nota 1. In questo senso vedi anche BÜLOW, *Ueber das Verhältniss d. Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, pag. 774 e segg.

Un esempio della difficoltà, in cui il diritto processuale si trova, di seguire lo svolgimento dei nuovi rapporti e delle nuove idee sociali, ci è dato dalle moderne tendenze che si manifestano nel campo dell'ordinamento giuridico del lavoro, dove, pur senza l'ausilio di innovazioni legislative, il diritto privato materiale va dimostrando tutta la sua singolare virtù di adattamento, mentre il diritto processuale, malgrado la spinta di leggi innovatrici, non è in grado di seguire con efficacia il movimento delle nuove idee e dei nuovi rapporti sociali. Così ogni sforzo, per dar valore obiettivo e generale alle decisioni sulle controversie del lavoro s'infrangerebbe di fronte al principio della relatività della cosa giudicata, mentre mediante i sottili spedienti forniti dalla tecnica del diritto privato si è riusciti a temperare il rigore del principio scritto nell'art. 1130 cod. civ. (1). Così, malgrado sembri si possa affermare che oggi, dopo un periodo di accentramento e di unificazione della giurisdizione, per un complesso di cause sociali che qui non occorre indagare, si vada iniziando una tendenza verso un frazionamento della giurisdizione, verso la creazione di molteplici giurisdizioni speciali per speciali materie, non è dubbio che, se anche questo movimento si accentuasse, esso non potrebbe essere seguito che a mezzo di riforme legislative, perchè nessuna interpretazione progressiva del diritto vigente può condurre alla creazione di nuovi organi giurisdizionali.

8. — Di fronte a questa minore adattabilità del diritto processuale ai nuovi rapporti e ai nuovi bisogni sociali sta però, quasi a compensarne i danni, come abbiamo veduto, la minor necessità di un tale adattamento, derivante dal carattere secondario delle norme processuali. Non si deve credere, ad ogni modo, che il diritto processuale civile sia del tutto

(1) Cfr. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, nella *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, pag. 504 e segg.; PACCHIONI, *Riv. cit.*, 1905, II, 52 e segg.

insensibile allo svolgersi della vita sociale. Che anzi esso ne sente pure l'influsso, sebbene sotto altro aspetto e con altri limiti del diritto privato materiale. Come complesso di norme regolatrici di una funzione di Stato, il diritto processuale civile, al pari delle altre parti del diritto pubblico, non può non sentire gli effetti dei mutamenti, che, per il trasformarsi delle idee politiche e sociali, subisce il concetto dello Stato, dei suoi compiti, delle forme e degli scopi della sua attività. L'ordinamento della giustizia civile è strettamente connesso con la organizzazione politica dello Stato: il diritto processuale sente assai più del diritto privato, l'influsso dei grandi rivolgimenti politici.

Ma, mentre in altri rami del diritto pubblico (specialmente nel diritto costituzionale ed amministrativo) la consuetudine offre il modo di supplire alle disarmonie tra la legge scritta e le nuove idee sociali e politiche sulle funzioni e i compiti dello Stato, nel diritto processuale essa ha un campo assai più ristretto di applicazione (1): e perciò i contrasti tra il diritto vigente e le esigenze prodotte dalle mutate concezioni dello Stato permangono gravi, spesso per lunghissimo tempo. Infatti per l'indissolubile nesso organico che lega tra loro le varie parti del processo, come estrinsecazione di un'unica funzione dello Stato, indirizzata ad un unico fine, le riforme parziali sono, nel campo del diritto processuale, più difficili a compiersi che in ogni altro campo del diritto; mentre, dovunque, ma specialmente nei paesi retti a sistema parlamentare, la riforma di tutto un codice offre difficoltà tecniche e politiche che la rendono una impresa ardua e solo possibile a lontana scadenza e mediante una lunga preparazione.

Il diritto processuale adunque sente meno del diritto privato, l'influsso dei nuovi bisogni della ordinaria vita sociale

(1) L'opinione del Menger, *Sistem*, pag. 87 e seg. che nel campo del processo, la consuetudine abbia lo stesso vigore della legge scritta, e che quindi la consuetudine possa derogare alla legge processuale, è rimasta isolata, e deve ritenersi in Italia affatto inammissibile, di fronte al testo dell'art. 5 disp. prel. al codice civile.

e del comune commercio giuridico e, sotto questo aspetto, non sono gravi i danni che reca alla sua applicazione la somma difficoltà della interpretazione progressiva; ma esso sente, assai più del diritto privato le ripercussioni dei più rari, ma più gravi mutamenti nella concezione dello Stato e del diritto pubblico. Quindi, perchè più importanti e meno riparabili, sebbene non altrettanto frequenti, sono più vivamente, forse, che in altri campi del diritto, sentite le disarmonie tra il diritto processuale vigente e le nuove esigenze della vita politica e sociale (1).

9. — Ad osservazioni, in ultimo, non prive di qualche importanza, dà luogo una particolarità che il diritto processuale civile ha comune con altri rami del diritto pubblico, in ispecie col diritto amministrativo. Non poche norme di diritto processuale regolano l'attività degli organi giurisdizionali, contengono quindi precetti rivolti a tali organi, in particolare al giudice. Rispetto a queste norme il giudice si trova in una posizione ben diversa da quella in cui si trova rispetto alla norma di diritto materiale, che egli deve applicare per l'esercizio della sua funzione giurisdizionale: una posizione che si avvicina assai a quella degli organi amministrativi dello Stato. Il giudice, mentre applica le norme di diritto materiale giudicando della condotta *altrui*, applica invece le norme di di-

(1) Non ci sembra, perciò, completamente esatto ciò che scrive il CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pag. 95: « Fra gli istituti giuridici il processo civile è l'organismo più delicato: come mezzo di attribuire i beni della vita mediante l'attuazione della legge, esso ha una posizione centrale fra gli istituti del diritto privato e del diritto pubblico; e i più lievi mutamenti nelle condizioni morali, politiche, sociali del tempo, si riflettono nel suo funzionamento. Ciò rende più facile che in ogni altro campo la disarmonia tra una norma e i bisogni della pratica ». Che nel campo processuale le disarmonie tra la legge e le nuove esigenze sociali e politiche siano più vivamente sentite che altrove, è certo, come è rilevato nel testo; ma ciò non perchè esse siano più frequenti o perchè i più lievi mutamenti nelle condizioni sociali e politiche si riflettano sugli istituti processuali; ma perchè, sebbene più rare, l'opera dell'interprete può più difficilmente porvi riparo.

ritto processuale, di cui si parla, uniformando ad esse la *propria* condotta.

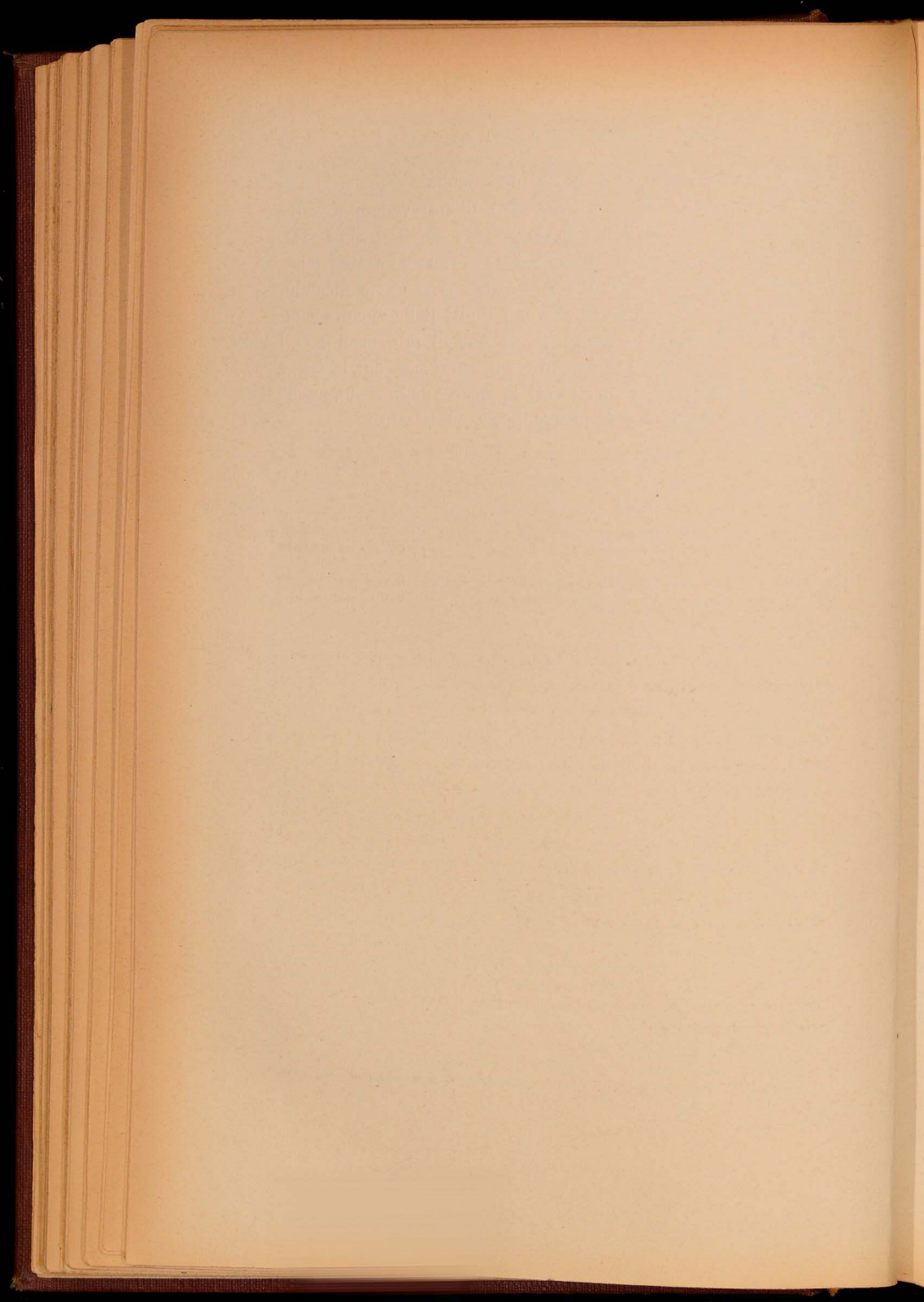
Ora, quando si giudica della conformità o meno della condotta altrui alla norma del diritto, se risulta in modo sicuro che il diritto obiettivo ha voluto assegnare al subietto, di cui si tratta, una determinata sfera giuridica, diventa inutile la ricerca dello *scopo*, per cui tale sfera gli fu assegnata, e la conformità della sua condotta al precetto del diritto deve ritenersi stabilita. Quando invece l'organo giurisdizionale esamina la norma giuridica che a lui si dirige, per conformarvi la *propria* condotta, non basta che accerti essere stati a lui conferiti dalla legge determinati poteri: occorre, inoltre, che esso indagli lo *scopo* per cui tali poteri gli furono conferiti, e a tale scopo indirizzi la propria condotta. Nel primo caso infatti il problema che il giudice si propone è quello di decidere se la norma giuridica fu osservata o violata: per il che è sufficiente la determinazione esatta del *comando* contenuto nella norma giuridica, ossia della *volontà* di cui essa è l'espressione. Nel secondo caso invece il giudice, agendo come organo dello Stato nell'adempimento di una funzione di interesse generale, non deve limitarsi ad osservare la legge, ossia a contenere la sua azione entro i confini determinati dal diritto, ma deve spiegare la sua attività per il miglior possibile soddisfacimento degli interessi generali, che gli sono commessi. La norma giuridica, la quale conferisce ad un organo dello Stato (nel nostro caso all'organo giurisdizionale) determinate facoltà, non deve considerarsi soltanto come contenente un precetto giuridico; da essa si possono desumere altresì norme tecniche che devono essere tenute presenti dall'organo di Stato nell'esercizio dei poteri che la legge gli conferisce. In questi casi, determinato, nella sua esatta comprensione, il precetto giuridico contenuto nella norma, questa può e deve essere ulteriormente sfruttata per trarne, esaminandola nei suoi scopi, criteri tecnici che servano di guida al giudice nell'uso dei poteri conferitigli dalla norma. Questa operazione non deve chiamarsi interpretazione, nel senso tecnico-giuri-

dico della parola, perchè non è ricerca della *volontà* contenuta nelle norme: è una attività che va al di là della vera interpretazione (1).

Tuttavia, tale ricerca deve essere istituita dal magistrato nei casi, in cui la legge gli concede poteri discrezionali, il che avviene di frequente specie riguardo alle facoltà del giudice per la direzione del processo. Ogniqualvolta è deferita al giudice la facoltà di stabilire termini (es.: art. 184, 205, 252, 681 cod. proc. civ., 691 n. 5 cod. comm.), di fissare il luogo e il tempo in cui un atto processuale deve essere eseguito (es.: art. 217, 222, 233, 285, 623, 626 cod. proc. civ., 691, n. 4 cod. comm.), di procedere a nomine di periti o di curatori o alla loro revoca (es.: art. 253, 260, 285, 623, 664 cod. proc. civ., 714, 720 cod. comm.), di stabilire le condizioni delle vendite giudiziarie (es.: art. 666 n. 2 cod. proc. civ., 798, 799 cod. comm.),

(1) Il ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, pag. 245 e segg. e *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ediz., Milano 1906, n. 8, parla di una interpretazione di *secondo grado*, la quale avrebbe luogo nel campo del diritto amministrativo e sarebbe « una vera e propria interpretazione della legge, interpretazione che vince la parola di essa e va al di là del suo significato letterale, allo scopo di precisare meglio quest'ultimo con la considerazione di ciò che comunemente si chiama spirito della legge »: questa interpretazione non troverebbe luogo nel diritto privato. Al ROMANO spetta certamente il merito di aver intuita la differenza tra l'operazione di chi si proponga soltanto di ricostruire, nel suo esatto contenuto, la *volontà* espressa nella legge, e quella di chi non si accontenta di ricostruire esattamente il precetto legislativo, ma, quando si tratta di una norma che conferisce determinate *facoltà*, voglia indagare lo *scopo*, per cui tali facoltà furono concesse. Ma non mi sembra di poter aderire nè alla terminologia proposta dal ROMANO, nè alla sua concezione di queste due forme di attività. La frase *interpretazione di secondo grado*, in contrapposto ad una *interpretazione di primo grado* fa supporre che anche quella ulteriore operazione sia, al pari della interpretazione in senso *tecnico-giuridico*, ricerca della *volontà* espressa nella legge: mentre essa è piuttosto *ricerca dei motivi* di tale *volontà* non allo scopo di ricostruire la *volontà*, che si presuppone accertata, ma allo scopo di fornire al funzionario criteri per regolare la sua attività, nei limiti lasciati liberi dalla legge. Il concepire poi l'interpretazione di secondo grado come una interpretazione che giunge fino allo spirito della legge, mentre la interpretazione di primo grado si arresterebbe alla lettera, non ci sembra esatto; ciò implica che nelle materie, dove la c. d. interpretazione di primo grado non ha luogo (per es. nel diritto privato) non sia ammessa o sia superfina la ricerca dello *spirito* della legge.

di determinare se ed in qual misura debba essere prestata cauzione (es.: art. 667 cod. proc. civ.), di provvedere alla direzione e alla polizia dell'udienza (es.: art. 257 Reg. giud., 354 e 355 cod. proc. civ.), di disciplinare la forma e l'ordine della discussione (es.: art. 184 n. 1 cod. proc. civ.) e via dicendo, non basta che il magistrato stia nei limiti delle facoltà conferitegli dalla legge: occorre di più che di tali facoltà egli faccia uso in modo da conseguire gli scopi per cui la legge glielo ha conferite. In questi casi la ricerca degli scopi, anche remoti della legge, è indispensabile al magistrato.



CAPITOLO III.

I singoli elementi della interpretazione delle norme processuali : l'elemento storico in largo senso.

SOMMARIO. — 10. Concetto dell'elemento storico, largamente inteso. — 11. L'elemento letterale: sua particolare importanza. — 12. La terminologia delle leggi processuali. — 13. La terminologia delle altre leggi e l'uso comune del linguaggio nel campo processuale. — 14. L'interpretazione logica (in nota: interpretazione restrittiva ed estensiva). — 15. L'uso dei lavori preparatori. — 16. Esempi. — 17. L'elemento storico propriamente detto; particolare importanza dello studio storico per l'interpretazione delle leggi processuali.

10. — Ristretta in limiti assai angusti la interpretazione progressiva, nella interpretazione del diritto processuale civile prevale quell'elemento che, con una espressione comprensiva, può chiamarsi *elemento storico* in largo senso. L'interpretazione storica in senso lato considera la legge come un fatto storico (1) e ha per oggetto la ricostruzione della volontà contenuta nella legge come era nel momento in cui la legge fu emanata. Essa comprende perciò: 1° la valutazione del significato delle parole con cui la norma giuridica è espressa, secondo l'uso comune del linguaggio (s'intende, al tempo della emanazione della legge) e secondo l'uso che ne fa la legge stessa; 2° la ricerca del pensiero di coloro che contribuirono alla formazione della legge; 3° lo studio dei precedenti storici della legge e della evoluzione giuridica, che mise capo alla sua formazione.

(1) La terminologia e il concetto sono del Menger, *System*, pag. 107 e segg.

11. — a) Grande importanza ha per l'interpretazione del diritto processuale l'*elemento letterale o grammaticale* (1). Essendo il processo il mezzo, con cui si ottiene la realizzazione degli scopi, che il diritto materiale garantisce, una esigenza affatto particolare al diritto processuale è la necessità della *certezza e fissità* della sua interpretazione, affinchè ciascuno sappia qual via debba tenere per ottenere il soddisfacimento degli interessi garantitigli dal diritto obiettivo e sia, il più possibile, eliminato il pericolo che, per la dubbiozza dell'interpretazione egli scelga una via non conducente allo scopo, con grave danno individuale e sociale. Da ciò il principio che non si debba, di regola, nell'interpretare la legge processuale, andare in cerca di un significato diverso da quello risultante dalla sua materiale espressione: « che, di regola — osserva giustamente il Chiovenda — nel semplice conflitto tra la lettera e lo spirito della legge, debba prevalere la prima, è la miglior garanzia contro gli arbitrii delle interpretazioni soggettive » (2).

Alcuni esempi dimostreranno come sia talora pericoloso, di fronte a una espressione non ambigua della legge, l'andare in cerca di una intenzione legislativa diversa da quella che risulta dal letterale significato delle parole.

L'art. 91 princ. cod. proc. civ., stabilisce: « l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta... l'obbligazione... purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria ». Si domanda: l'azione di nullità del matrimonio può proporsi nel foro speciale dell'art. 91, cioè nel luogo ove fu contratto il matrimonio? La risposta negativa non ci sembra dubbia, malgrado sia contrastata da autorevolissimi scrit-

(1) Parlando di interpretazione grammaticale o letterale, non intendiamo dire che vi siano più specie di interpretazione, ma solo designare uno degli *elementi* della interpretazione. Non accenniamo poi, in modo speciale, all'*elemento logico* perchè riteniamo che tale denominazione spetti a *tutti* gli altri elementi dell'interpretazione in quanto si contrappongono a quello semplicemente grammaticale o letterale.

(2) CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, pag. 95.

tori(1), perchè l'azione di nullità di matrimonio, come tutte le azioni di stato, non è *personale*; essa non mira a far valere diritti di *obbligazione* o *relativi*, ma *diritti assoluti*, di cui si chiede l'accertamento, mediante dichiarazione della nullità dell'atto (matrimonio) che ne ostacola formalmente l'esercizio (2).

Un altro esempio. Lo stesso art. 91, capoverso, dispone che « nelle materie commerciali [l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili] possono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce... sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria ». Si dubita se, per radicare la competenza speciale dell'art. 91 capov. sia necessario che concorrano ambedue i requisiti della promessa e consegna, ovvero se sia sufficiente uno solo. Anche qui l'interpretazione letterale offre la soluzione più sicura. Le due condizioni debbono concorrere, come hanno ormai affermato la dottrina e la giurisprudenza prevalenti (3): la congiuntiva e usata dal legislatore non permette una diversa interpretazione. L'esame della lettera della legge ci spiega inoltre che cosa significhi *luogo della promessa e della consegna* e per qualè ragione la legge esiga il concorso delle due condizioni. Il luogo della promessa e della consegna non è il luogo dove il contratto fu perfezionato, come inten-

(1) MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 5ª ediz., Torino 1902-1906, I, n. 872, nota; MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 4ª ediz., Torino 1903, I, n. 174; CASTELLARI, *Le competenze in materia di obbligazioni*, Firenze 1902, pag. 162 e segg. Contro: CUZZERI, *Il codice di procedura civile*, I, sull'art. 91, n. 10; BASSANI, *Forum contractus, forum destinatae solutionis, forum rei sitae*, nell'*Annuario della procedura civile*, XVI (1901), n. 28; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 326, nota 1.

(2) Cfr. ciò che dicemmo altrove (ROCCO, *Sentenza civile*, pag. 144 e segg.) a proposito delle così dette azioni e sentenze costitutive.

(3) CUZZERI, sull'art. 91; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 2ª ediz., II, n. 172; MATTIROLO, *Trattato*, n. 873, nota 2 (e la giurisprudenza ivi citata); CHIOVENDA, *Principii*, n. 328; GARSONNET, *Traité de la procédure civile*, 2ª ediz., Paris, II, pag. 149 e la dottrina francese ivi richiamata.

dono alcuni scrittori (1), ma non è neppure il luogo dove avvenne l'*offerta* del contratto e la sua *esecuzione* (2). Contro la prima interpretazione sta il fatto che la consegna non è un elemento necessario alla perfezione del contratto; contro la seconda l'osservazione che la legge non parla già di *promessa del contratto* e di *consegna della merce*; ma di *promessa e consegna della merce*; ossia di *promessa della merce* e di *consegna della merce*. Ora il luogo dove avvenne la *promessa della merce* è il luogo dove il venditore assunse l'obbligazione a lui derivante dal contratto, cioè l'obbligo di consegnare la merce, il che è quanto dire, il luogo di *perfezione del contratto*; quello dove avvenne la *consegna*, è il luogo di *esecuzione del contratto* da parte del venditore. Cosicchè la lettera dell'art. 91 capov. ci dice che la competenza speciale ivi disciplinata si radica nel luogo dove il *contratto si perfezionò* e dove ebbe *esecuzione* da parte del venditore. Quando questi due fatti giuridici avvennero *nello stesso luogo*, ivi può essere esercitata l'azione, anche se il convenuto non fu citato in persona propria. La circostanza che nello stesso luogo avvennero la conclusione del contratto e la consegna della merce può far ragionevolmente presumere che ambedue le parti vi abbiano tali rapporti di affari e di interessi da giustificare la loro citazione in quel luogo e la costituzione, ivi, del rapporto processuale.

Allo stesso modo, sempre per insufficiente considerazione della lettera della legge, si è potuto sostenere che la confessione tacita, di cui all'art. 218 cod. proc. civ., dia luogo ad una presunzione, che ammette la prova contraria (3): mentre l'equiparazione della *ficta confessio* alla confessione, ivi contenuta, senza alcun accenno alla possibilità della prova contraria, persuade che questa equiparazione deve considerarsi come assoluta (4). E, per un eguale errore di metodo, a torto

(1) Come il GARSONNET, *op. e loc. cit.* e il MATTIROLO, *loc. cit.*

(2) MORTARA, *Commentario*, *loc. cit.*

(3) MATTIROLO, *Trattato*, II, n. 797; SICILIANI, nel *Foro it.*, 1904, I, 669 e seg.

(4) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 463.

si è sostenuto, contro il testo chiarissimo dell'art. 517 cod. proc. civ., che non solo le sentenze pronunciate in *grado di appello*, ma anche le sentenze di primo grado *inappellabili* siano suscettive di ricorso per cassazione.

12. — Nell'interpretazione letterale occorre tener presente non solo il significato delle parole prese singolarmente, e nella loro connessione, secondo l'uso comune del linguaggio (interpretazione *grammaticale* propriamente detta), ma anche il significato delle parole secondo l'uso che ne fa il legislatore stesso. Lo studio del linguaggio legislativo può riuscire, talvolta, di particolare utilità, e va fatto tanto riguardo al complesso della legislazione positiva, quanto riguardo ad ogni singola legge.

La tecnica del linguaggio legislativo nel nostro codice di procedura civile non è troppo rigorosa.

Frequentemente la stessa parola è adoperata in sensi diversi. Così negli art. 35, 72 e 73 l'espressione *domanda* sta a designare l'atto costitutivo del rapporto processuale: nell'art. 37 e specialmente nell'art. 38 la stessa espressione comprende anche ogni istanza che le parti possono rivolgere al giudice durante il corso del processo. Così, mentre negli articoli 70, 71, 82, 90 e segg. la parola *azione* è adoperata in senso meramente processuale come diritto a provocare l'attività del giudice, nell'art. 341 essa è assunta come sinonimo di diritto materiale. Egualmente, la parola *parte* qualche volta indica il soggetto del rapporto processuale (art. 47, 156, 158 — 164, 167, 169, 170, 171, 226, 236, 332 e segg., 367, 370, 557), qualche altra il procuratore che lo rappresenta in giudizio (art. 173, 174, 176, 178, 180, 181 e segg.). L'espressione *atto*, *atti*, negli art. 39 e segg., 338 sta a significare l'atto delle parti o degli organi giurisdizionali, avente effetto giuridico *relativamente al rapporto processuale*; negli art. 177, 178, 180 e 346 invece significa qualunque *documento* contenente atti giuridici materiali e processuali, ed anche atti non giuridici, destinati sia a stabilire il fatto della causa (piani, tipi, perizie),

sia ad illustrare dottrinalmente le deduzioni delle parti (difese, memorie, pareri legali). Il termine *reclamo* negli art. 182, 209, 251 è il mezzo di impugnativa delle *ordinanze*; negli art. 781, 782, è il mezzo di impugnativa di qualunque provvedimento emesso in camera di consiglio e quindi, particolarmente, dei *decreti*. La parola *giudice* negli art. 116 e segg. designa qualunque magistrato giudicante; negli art. 186, 208 e segg. i membri dei *collegi* giudicanti (Tribunali e Corti d'Appello), escluso il Presidente; negli art. 356 e segg. tutti i membri di tali collegi, compreso il Presidente.

Altre volte più espressioni sono adoperate per designare lo stesso concetto. Le parole *giudizio* (cod. proc. civ. art. 35, 36, 74, 156, 251, 282, 296, 341, 342 e segg.; Lib. II, tit. III, cap. 1 rubrica, art. 662); *causa* (art. 72, 74, 75, 84, 85, 87, 103, 104, 108, 114, 151, 177, 178, 179, 197, 198, 201, 207, 211 e segg., 216, 220, 269, 280, 332, 343, 349 e segg.; 356, 413 ecc.); *controversia* (art. 70, 71, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 92, 104, 148) hanno, si può dire, identico significato ed equivalgono a *processo*, *rapporto processuale*.

Qualche volta la terminologia della legge processuale è costante, ma non del tutto esatta. Così la legge designa sempre il *giudice*, in contrapposto agli altri organi della giurisdizione, come *autorità giudiziaria* (cod. proc. civ. art. 35, 41, 46, 51, 56, 62, 63, 90 e segg., 187, 188, 208, 269, 270, 271, 326. Legge sull'ord. giud. art. 1 e segg.), quasi che gli altri organi, i quali cooperano all'esercizio della funzione giurisdizionale, non siano anch'essi autorità giudiziarie! Così non si comprende la distinzione terminologica, assai osservata dalla nostra legislazione processuale, tra *funzionari* e *ufficiali giudiziari*: la prima espressione nell'uso della legge, comprende i magistrati e, di regola, anche i cancellieri (art. 6 legge ordin. giudiz.), la seconda, gli uscieri; mentre non può dirsi davvero ché nella tecnica del linguaggio giuridico, possa farsi una distinzione tra *ufficio* e *funzione*(1).

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 258.

Lo studio della terminologia legislativa costituisce, ad ogni modo, uno degli strumenti più delicati, ma anche più utili della interpretazione letterale: più di una volta essa reca un contributo non spregevole alla risoluzione di una controversia. Ad esempio, da un confronto fra gli art. 109, 187, 188, 189 risulta che, nel linguaggio della nostra legge di procedura, la *declinatoria del foro*, comprende solo la eccezione di incompetenza per litispendenza e connessione di causa, non quella di incompetenza per territorio: donde la conseguenza che anche a termini dell'art. 190 (per il quale il contumace che nel giudizio di opposizione o di appello vuole impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, deve farlo prima di ogni altra difesa, *salvo la declinatoria del foro*), la eccezione di nullità della citazione deve proporsi *prima* della eccezione d'incompetenza per territorio (1).

Accade talora che l'uso promiscuo che la legge fa di espressioni diverse ci ammoniscano della sostanziale identità dei concetti in esse racchiusi. La legge, ad esempio, adopera promiscuamente i termini *giurisdizione* e *competenza* in più disposizioni (art. 67, 68, 69, 149, 208, 215); e giustamente, perchè la competenza non è qualche cosa di qualitativamente diverso dalla giurisdizione: essa è quella frazione o parte di giurisdizione attribuita a ciascun organo giurisdizionale; onde la giurisdizione di un *determinato* organo non è che la sua competenza.

13. — Fin qui della terminologia delle leggi di procedura. È superfluo osservare che lo studio di essa non esaurisce il compito dell'interpretazione letterale. Particolarmente, allo studio del linguaggio usato nelle leggi processuali, va unito quello della terminologia usata dalle altre leggi positive: ciò qualche volta è imposto direttamente dalla circostanza che

(1) In questo senso Cass. Roma (Sez. Unite), 30 marzo 1898, *Foro it.*, 1898, I, 364; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 549 e 550. Contro: MORTARA, *Commentario*, II, n. 309.

la legge di procedura si riferisce a norme e concetti contenuti in altre leggi (es.: art. 90 cod. proc. civ.). Ma anche l'uso del comune linguaggio può recar lumi alla interpretazione delle leggi processuali. Quando, ad esempio, l'art. 91 cod. proc. civ. parla del luogo in cui fu « contratta » l'obbligazione, il significato generico che ha nella lingua italiana il verbo « contrarre » (contrarre un'abitudine, contrarre una malattia, contrarre un vizio) ci indica che la legge ha voluto alludere non solo alle obbligazioni derivanti da contratto, ma anche a quelle derivanti da altre cause di obbligazione (1). Quando la legge adopera una determinata espressione senza spiegarne il significato che presuppone noto (2): quando, ad es., parla di *garanzia* (art. 193 e segg.) di *giuramento* (art. 220 e segg.) di *perizia* (art. 252 e segg.) di *inibitorie* (art. 484) di *udienze* (art. 52, 348, 353, 354, 355, 356), essa si riferisce a concetti, che si debbono desumere dal significato che queste parole hanno secondo la loro etimologia e l'uso della lingua.

14. — *b)* Ma per quanta importanza abbia l'elemento letterale nella interpretazione delle leggi di procedura, esso non è punto l'unico mezzo per la ricerca e la ricostruzione esatta della volontà contenuta nella legge. Può darsi che il significato delle espressioni usate sia ambiguo: può darsi che queste non abbiano per sè sole un significato intelligibile. Può darsi anche che da altri elementi si desuma con sicurezza che la volontà espressa nella legge non è quella risultante dal significato delle parole adoperate. In tutti questi casi l'elemento letterale si palesa insufficiente e bisogna ricorrere ad altri elementi per stabilire la volontà di Stato manifestata nella legge (3) Uno di tali elementi e, certo, non dei meno impor-

(1) In questo senso: CASTELLARI, *Le competenze in materia di obbligazioni*, pag. 143 e segg.

(2) Cfr. WACH, *Handbuch*, pag. 286.

(3) Anche nel diritto processuale dunque, sebbene con una certa maggior cautela, può essere adoperata l'interpretazione *correttiva* (estensiva e restrittiva) allorchè la legge *minus dixit quam voluit* o *plus dixit quam voluit*. Quando la legge

tanti, è il pensiero delle persone che cooperarono alla formazione della legge. Viene quindi in campo la questione del valore dei così detti *lavori preparatori* nella interpretazione delle leggi processuali.

(cod. proc. civ. art. 116 n. 9) stabilisce che il giudice possa essere recusato se abbia conosciuto della causa « come giudice di prima istanza », deve intendersi che possa in genere essere recusato quel giudice che abbia conosciuto della causa « come giudice di grado inferiore » (quindi anche il magistrato di cassazione che abbia conosciuto della causa come giudice di appello): MORTARA, *Commentario*, II, n. 364. Al contrario, nella stessa disposizione di legge, l'espressione generale « se abbia conosciuto della causa come giudice di prima istanza » deve intendersi come ristretta al caso che il giudice abbia conosciuto del merito della causa: non vi è quindi luogo a ricusazione se il giudice di grado superiore abbia emesso, come giudice inferiore, una semplice sentenza interlocutoria nella causa (MATTIROLI, *Trattato*, I, n. 1065, nota 2; MORTARA, *Commentario*, II, n. 364). Altri esempi di interpretazione restrittiva. L'art. 234 stabilisce che i procuratori debbono notificarsi reciprocamente cinque giorni prima di quello dell'esame dei testimoni l'indicazione del nome e cognome dei medesimi. L'espressione della legge permetterebbe di ritenere che la notificazione potesse farsi cinque giorni prima dell'esame di ciascun testimone: anzi l'espressione letterale adoperata sembrerebbe favorevole a questa interpretazione, perchè la legge accenna, al singolare, al giorno dell'esame: donde potrebbe trarsi la conseguenza che, se l'esame segue in più giorni, il termine debba riferirsi ai testimoni da esaminare in ciascun giorno. Ciò malgrado, prevale in giurisprudenza l'interpretazione più rigorosa, sulla considerazione che la legge parte dal presupposto che gli esami abbiano tutti luogo in un sol giorno, (vedi le sentenze citate in MATTIROLI, II, n. 573, nota 5). L'art. 208, posto tra le disposizioni generali sulle prove (libro I, Titolo IV, Sezione IV), stabilisce che se il luogo in cui si deve eseguire la prova sia distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria davanti alla quale pende la causa, si può delegare il pretore: se poi la prova si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può o richiedere questa di delegare uno dei suoi giudici, o commettere direttamente il pretore del mandamento, in cui la prova deve farsi. Sebbene nel titolo IV della legge, tra le prove sia annoverato anche l'*accesso giudiziale* (§ 5) e quindi sembri a prima vista che la disposizione generale dell'art. 208 si debba applicare anche all'accesso, pure, per la natura di questo mezzo di prova, si ritiene non possa l'esecuzione dell'accesso delegarsi a un giudice che non faccia parte del collegio giudicante (MATTIROLI, *Trattato*, II, n. 1132). L'art. 99 stabilisce in forma generica che l'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale. Questa disposizione si applica alla competenza assoluta (per materia, valore e grado)? Non manca chi lo neghi, restringendo la portata letterale dell'art. 99 (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 342: ma vedi contro, quanto alla competenza per materia e valore: MORTARA, *Commentario*, II, n. 230). L'art. 94

15. — È certo da scartarsi l'opinione che ai lavori preparatori debba darsi quasi importanza di interpretazione autentica della legge; la legge essendo *volontà dello Stato*, tale volontà deve ritenersi manifestata nella forma in cui si verificò l'accordo tra i vari organi di Stato, a cui, dalla costituzione è affidata la formazione delle leggi, e quindi deve ricercarsi unicamente nel *testo legislativo* (1). Ciononostante resta ai lavori preparatori qualche importanza, non come elemento *unico* o *decisivo*, ma come elemento *concomitante* per la determinazione della volontà di Stato contenuta nella legge. E ciò sotto un duplice aspetto. Anzitutto, in quanto le discussioni e i lavori che precedettero e accompagnarono la formazione della legge possono dar ragione delle idee e dei bisogni che occasionarono la formazione della legge. In secondo luogo, in quanto le proposte, le opinioni e le dichiarazioni delle varie persone che prepararono la legge, possono fornire indizi circa la volontà degli organi costituzionali, i quali concorsero, mediante l'unione dei loro consensi, a formare la volontà dello Stato. Intorno a ciò non possono darsi regole assolute. L'indagine della misura, entro la quale l'opinione delle varie persone che collaborarono alla formazione della legge, ha influito sulla volontà di ogni singolo organo legislativo, prima, e poi sulla volontà collettiva dei vari organi (Camere, Capo dello Stato) costituenti, nel loro insieme, l'organo competente a formare la volontà dello Stato, nell'esercizio del potere le-

assegna al foro della successione le azioni dei legatari e dei ereditori dell'eredità che non esercitano un diritto reale sopra un immobile. La frase « che non esercitano un diritto reale sopra un immobile », deve riferirsi solo ai ereditori della eredità, malgrado il tenore letterale dell'art. 94. (CHIOVENDA, pag. 332).

(1) ENDEMANN, *Lehrb. des bürgerlichen Rechts*, 6ª ediz., Berlin 1900, I, pag. 42. Non ci spingeremo però a dire col WACH, *Handbuch*, pag. 261 che l'accordo dei vari organi legislativi (Re, Camera dei deputati, Senato) cada sul testo e non sul *significato* della legge. Ciò conduce infatti all'assurdo di un'unica manifestazione della volontà di un unico subietto (lo Stato) a cui corrispondono, o possono corrispondere, volontà differenti.

gislativo, è questione, che va risolta caso per caso (1). S'intende che l'indagine fatta sui lavori preparatori non può portare contributo che all'interpretazione della legge, da noi chiamata *storica* in largo senso, ossia alla ricerca della volontà di Stato contenuta nella legge, *quale era al momento in cui la legge fu promulgata*. Questa ricerca non esaurisce il compito della interpretazione, che comprende altresì lo studio delle modificazioni arretrate alla legge dal suo adattamento nel sistema, il completamento delle lacune, che in esse si vanno riscontrando, mediante l'analogia, e la ricerca delle evoluzioni successive da essa compiute per le trasformazioni avvenute nei rapporti sociali, da essa regolati. Ma, nel diritto processuale, alla cui interpretazione l'elemento storico largamente inteso reca — come si è detto — un contributo preponderante, anche lo studio dei lavori preparatori acquista una particolare importanza (2).

16. — Alcuni esempi mostreranno come, ed entro quali limiti, l'uso dei lavori preparatori possa essere utile nell'interpretazione del diritto processuale civile.

Per l'art. 400 cod. proc. civile, nel procedimento *formale* in *materia commerciale*, dopo la relazione e la discussione della causa « le parti consegnano i loro atti al cancelliere, il quale appone la sua firma sulle comparse conclusionali e fa menzione

(1) La ricerca, quindi, è quant'altra mai delicata. L'opinione manifestata dalle singole persone che cooperano alla formazione della legge non potrà adoperarsi per chiarire il significato della legge, se non si provi che essa venne, espressamente o tacitamente, accolta da tutti e tre gli organi legislativi.

(2) Ciò che il FILOMUSI-GUELF, *Enciclopedia*, pag. 137 nota, dice delle leggi recenti in confronto delle antiche, che in esse lo studio dei lavori preparatori è assai più fruttuoso, può ripetersi delle leggi processuali in confronto delle leggi di diritto privato materiale. La ragione infatti della maggiore importanza dei lavori preparatori è identica nei due casi. Le norme processuali, essendo norme secondarie o norme-mezzo, sono poco sensibili ai mutamenti dei rapporti sociali regolati dalle norme primarie, e quindi in esse prevale l'interpretazione storica in senso lato; ugualmente l'interpretazione storica prevale nelle leggi recenti, anche di diritto materiale sulle quali l'influsso dei mutamenti nei rapporti sociali non si è ancora potuto far sentire.

delle postille che vi siano aggiunte». La possibilità dell'aggiunta di postille alle comparse, ha fatto dubitare che, nelle cause commerciali, non possa mai darsi procedimento formale in senso proprio, una delle cui caratteristiche principali, è, secondo la nostra legge, la chiusura della istruzione della causa prima della udienza. E ciò tanto più, in quanto una identica allusione a postille aggiunte all'udienza, si trova nell'art. 390, che disciplina appunto il procedimento sommario, dove si giunge all'udienza ad istruttoria aperta. Donde la conclusione che, anche nei casi in cui è ammesso il procedimento formale in materia commerciale, nessuna preclusione si verifichi col rimaner ferma l'inserzione della causa a ruolo. Malgrado che il testo dell'art. 400 si presti a questa interpretazione, l'esame dei lavori preparatori deve indurci a respingerla. La frase dell'art. 400 « e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte » risulta infatti essere stata introdotta nell'articolo per mero equivoco. Il Progetto Pisanelli (art. 393 e segg.) disponeva che, nelle cause commerciali, si dovesse osservare, di regola, il procedimento sommario *semplice* ed, eccezionalmente, il procedimento sommario a *udienza fissa*. E perciò, nell'art. 401 era prescritto che il cancelliere dovesse apporre la sua firma sulle comparse conclusionali, e far menzione delle postille aggiunte; ciò che era perfettamente conforme alla natura del procedimento sommario, che si intendeva disciplinare. La commissione di coordinamento sopprime la forma del procedimento sommario semplice, e prescrive come regola, anche in materia commerciale, il procedimento formale, con alcune modificazioni (1). Ma nel regolare il procedimento formale in materia commerciale si volle usufruire della disposizione contenuta nell'art. 401 del progetto Pisanelli, già disciplinante il procedimento *sommario* in materia commerciale; solo che, nell'adattarla al procedimento *formale*, sfuggì la frase « e fa menzione

(1) Commissione di coordinamento, seduta 25 aprile 1865, verbale n. 7; Coll. GIANZANA, II, pag. 37 e segg. Relazione VACCA al Re sul codice di procedura civile, Coll. GIANZANA, III, pag. 17.

delle postille ecc. », la quale stava benissimo a posto in una norma sul procedimento sommario, ma non già qui in una sul procedimento formale! (1) Ad ogni modo il significato dell'art. 400 è reso palese da questi precedenti: nel procedimento formale in materia commerciale vige, come in tutte le altre specie di procedimento formale, il principio della chiusura dell'istruzione prima dell'udienza; e le *postille*, a cui allude lo art. 400, possono (al contrario delle postille di cui all'art. 390) contenere non già conclusioni, produzioni o deduzioni nuove, ma semplici schiarimenti sulle cose esposte nella comparsa (art. 259 Reg. gen. giud.) (2).

Nè mancano casi, in cui solo lo studio dei lavori preparatori può spiegare la ragione e il valore di disposizioni infiltratesi nel testo della legge, a cui, altrimenti, non si saprebbe attribuire alcun significato o, almeno, alcun significato soddisfacente. Un esempio tipico di ciò ci fornisce la recente legge del 1901 sulla riforma del procedimento sommario.

L'art. 2 ult. capov. della citata legge stabilisce: « Qualora sia ordinato il procedimento formale, il deposito prescritto dagli articoli 151, 165 e 393 del codice di procedura civile dovrà farsi entro cinque giorni dalla data del relativo provvedimento, dalla scadenza dei quali decorrerà il termine fissato dagli articoli 164 e 394 del codice stesso ».

Il richiamo fatto dalla legge all'art. 165 non è facile a spiegarsi. L'art. 165 prescrive che nel procedimento formale, « l'attore, entro giorni quindici dalla notificazione della risposta [alla sua comparsa] può far notificare la sua replica: il convenuto, entro giorni quindici successivi alla notificazione della replica può far notificare la sua controreplica, e così successivamente ». A prima vista, non si riesce veramente a capire che cosa abbia a vedere l'articolo 165 con la disposizione

(1) Progetto PISANELLI, art. 401.

(2) In questo senso: MATTIROLO, *Trattato*, III, n. 648; CUZZERI, *Commento*, sull'articolo 400. Contro: SCOTTI, *Mon. trib.*, VIII, 789; IX, 769; SAREDO, *Istituz. di procedura civile*, n. 834.

dell'art. 2 della legge 31 marzo 1901. Con questo articolo si è voluto disciplinare il mutamento del rito, da sommario (ordinario) a formale, e, nell'ultimo capoverso sembra chiaro a un primo esame siasi voluto stabilire il termine *per il deposito dei documenti* (s'intende, di quelli non ancora depositati), il quale, secondo il codice di procedura (art. 158 e 393) è il termine per comparire, stabilito nell'atto di citazione. L'articolo 165, invece, disciplina il termine per la *notificazione delle comparse* che i procuratori delle parti si scambiano nel procedimento formale (risposta, replica, controreplica, ecc.). Si tratta dunque di due cose ben differenti. Ma allora come può la frase dell'art. 2 ult. capov. « *il deposito* prescritto..... dovrà farsi entro cinque giorni.... » riferirsi alla *notificazione*, di cui si parla nell'art. 165 ?

I lavori preparatori della legge 31 marzo 1901 ci danno la chiave di questa specie di indovinello. Nel progetto ministeriale, presentato alla Camera dei deputati, dell'art. 165 non era fatta menzione: l'art. 2 ult. capov. del progetto si proponeva *unicamente* di stabilire il termine per il deposito dei documenti, il quale nel procedimento formale (in materia civile: art. 158 e in materia commerciale: art. 393) del codice di procedura civile era il termine per comparire: prescritto che tutte le citazioni si facessero ad udienza fissa, al termine per comparire bisognava sostituire un nuovo termine, e questo fu, nel progetto, di cinque giorni dal provvedimento ordinante la mutazione del rito. Ma nelle discussioni alla Camera elettiva, un deputato, l'on. Vigna, credette che con la disposizione dell'art. 2 ult. capov. si volesse, in genere, sull'esempio di quanto l'art. 398 del codice stabiliva per il procedimento formale in materia di commercio, ridurre a cinque giorni i termini del nuovo procedimento formale, e domandò si richiamasse, a questo proposito, anche l'art. 165 che è appunto ricordato nell'art. 398 del codice (1). La proposta dell'on. Vigna fu accolta, non solo, ma difesa in Senato contro le critiche dell'on. Pellegrini dal

(1) *Camera dei deputati*, seduta 26 gennaio 1901.

relatore Carnazza-Puglisi e dal Ministro Cocco-Ortu. Il Carnazza-Puglisi affermò esplicitamente: «è evidentissimo che con il richiamo dell'art. 165 si è voluto abbreviare il termine stabilito per la notificazione di tutte le comparse» (1). Così la menzione dell'art. 165 passò nel testo della legge.

Ciò posto, noi non crediamo che la menzione dell'art. 165 possa considerarsi «una svista», interpretandosi così l'art. 2 ult. capov. come se non vi fosse scritto (2). Neppure ci sembra possibile ritenere che si tratti di un «errore di collocazione», leggendo l'art. 2 ult. capov. come se il richiamo dell'art. 165 fosse fatto nell'ultima parte, accanto a quelli degli art. 164 e 394 (3). Anzitutto, e contro ambedue le interpretazioni sta il principio che una alterazione nel testo della legge non è ammissibile se non in casi eccezionalissimi, quando il testo medesimo non presenta alcun senso intelligibile: il che dovrebbe dimostrarsi prima di sopprimere parole nell'art. 2 o di mutare la loro collocazione. Contro la seconda interpretazione poi sta il fatto che, se il richiamo agli art. 164 e 394 nell'ultima parte dello art. 2 capov. ha un significato, perchè in questi articoli si disciplinano termini che decorrono *dalla scadenza del termine per comparire*, a cui, nell'articolo 2 ult. capov. della legge 31 marzo 1901, è sostituita la data del provvedimento che ordina la mutazione del rito, il richiamo invece all'art. 165 non avrebbe alcun significato, perchè in questo articolo si disciplinano termini che non decorrono affatto dalla scadenza del termine per comparire. Di talchè, in questa interpretazione, si giungerebbe al risultato che la risposta dell'attore alla prima comparsa del convenuto e tutte le successive repliche e controrepliche, di cui all'art. 165, dovrebbero essere notificate negli stessi cinque giorni, in cui può essere notificata la prima comparsa del convenuto, di cui all'art. 164! L'assurdità dei risultati è la condanna più evidente di questa interpretazione!

(1) *Senato*, seduta 26 marzo 1901.

(2) In questo senso MORTARA, *Commentario*, III, n. 386.

(3) Così CARCANT, nella *Procedura*, 1902, 203; MATTIROLO, *Trattato*, III, n. 585.

A noi sembra, in breve, che la intenzione così chiaramente manifestata, durante i lavori preparatori, dai due organi legislativi, Camera e Senato, che vollero, ambedue, senza dubbio, sia pure in base a un equivoco, l'abbreviazione dei termini per la notificazione delle comparse (intenzione che deve ritenersi condivisa dal terzo organo legislativo, il Re, il cui Ministro responsabile manifestò identico proposito) debba prevalere, quando non vi si opponga il testo della legge. Ora il testo non solo non è di ostacolo a simile interpretazione, ma la esige, se si vuol dare un senso alla menzione ivi fatta dello art. 165. Si deve dunque ritenere che l'art. 2 ult. capov., parlando di *deposito prescritto dagli art. 158, 165 e 393*, abbia voluto alludere non solo alla consegna degli atti alla cancelleria, disciplinata dagli art. 158 e 393, ma anche alla consegna o notificazione delle comparse, disciplinata nell'art. 165 (1).

(1) L'art. 12 del R. D. 31 agosto 1901 n. 413, contenente le disposizioni per l'attuazione della legge 31 marzo 1901 e per il suo coordinamento col codice di procedura civile e con le altre leggi, prescrive: « L'attore deve depositare in cancelleria nel termine stabilito nell'ultimo capoverso dell'art. 2 della legge i documenti sui quali fonda la sua domanda, a meno che li avesse depositati a norma dell'art. 5. Se deposita documenti non menzionati nell'atto di citazione deve far notificare l'elenco di essi nello stesso termine ». In questo articolo si parla solo del *deposito dei documenti sui quali si fonda la domanda dell'attore*, e non, anche, della *notificazione delle comparse*. Si deve dunque ritenere che il R. D. 31 agosto 1901 abbia modificato la legge, e, che, in forza della disposizione dell'art. 12 di esso, il richiamo all'art. 165 sia da considerare come soppresso nel testo dell'art. 2 della legge? Questa conclusione sarebbe, a nostro avviso, eccessiva. Anzitutto, l'art. 12 non intende *sostituire* l'art. 2 ult. capov., ma spiegarlo e provvedere alla sua attuazione: la semplice *omissione* in esso di disposizioni sulla notificazione delle comparse, non è argomento sufficiente per indurci che il termine dell'art. 2 sia da riferirsi solo al deposito dei documenti e non alla notificazione delle comparse. Di più, malgrado qualche affermazione che potrebbe far credere altrimenti, contenuta nella *Relazione* che accompagna il R. D. 31 agosto 1901, il Decreto Reale in questione, benchè fatto per delegazione legislativa, non si può considerare come avente forza legislativa, tanto meno poi come avente facoltà di derogare a una norma di quella stessa legge, che si tratta di attuare. La formulazione dell'art. 15 della legge, dimostra che il Regolamento per la sua attuazione e coordinazione è un *regolamento delegato*, che è ben altra cosa della *delegazione di poteri legislativi*. (Cfr. CAMMEO, *La manifestazione della volontà dello Stato* n. 107 e segg. e specialmente n. 114).

17. — c) Degno di particolare menzione è, in ultimo, il posto che prende l'*elemento storico propriamente detto*, ossia lo studio di tutta l'evoluzione giuridica, che mise capo alla formazione della legge, nella interpretazione del diritto processuale civile. In nessun altro campo del diritto, forse, l'interpretazione storica è così necessaria e fruttuosa come in quello del diritto processuale. Varie cause, attinenti tutte alla particolare natura e funzione del diritto processuale, vi influiscono. È già un fenomeno generale, nella evoluzione del diritto, lo sfruttamento delle forme e degli istituti esistenti per provvedere alle esigenze create dallo svolgersi della vita sociale. Un bisogno nuovo ben raramente dà luogo alla creazione di una norma nuova; di regola è la norma vecchia che si modifica, adattandosi e piegandosi al nuovo rapporto sociale. Questo fenomeno, nello svolgimento del diritto processuale, prende atteggiamenti affatto particolari: per il minor contatto, in cui il diritto processuale si trova con i rapporti della vita sociale, come diritto-mezzo di fronte al diritto materiale, il fenomeno della *sopravvivenza* di norme sorte per la realizzazione di altri rapporti, ha, nel campo del processo, una importanza speciale. La relativa indipendenza del rapporto processuale da quello materiale rende da un lato più facile l'*adattamento* delle antiche forme processuali alle esigenze dei mutati rapporti di diritto materiale, dall'altro si presta alla sopravvivenza di forme e di istituti che per le mutate condizioni sociali e politiche hanno perduta la loro ragion d'essere originaria (1). In ambedue i casi non è possibile comprendere bene la portata e il valore attuale della norma di procedura, se non risalendo

(1) Bene osserva il CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale*, pag. 203-204: «Forme residuali sono quelle che nate dai bisogni, dall'indole, dalle leggi d'un tempo, sopravvivono, non ostante il trasformarsi dei bisogni, il mutare dell'indole, il cader delle leggi nel tempo che segue. Restano, quasi corpi senz'anima, che il legislatore rispetta perchè la forza dell'abitudine li collega alla vita attuale del popolo. È un fenomeno comune a tutti i diritti perchè costante è il fatto che la forma si svolge più lentamente del diritto, e gli istituti nuovi passano sotto le formule giudiziali antiche, come l'acqua sempre nuova di un fiume sotto un vecchio ponte».

alle sue origini storiche e indagando le ragioni e i bisogni che la fecero sorgere, l'ambiente sociale e politico in cui si svolse, lo stato del diritto materiale all'epoca in cui nacque.

Non occorre davvero, a conforto di questa tesi, moltiplicare gli esempi, perchè non v'è, quasi, istituto di diritto processuale che possa, all'infuori della indagine storica, essere rettamente inteso. Basterà, dunque, qualche accenno sommario. Il *forum contractus*, cioè la competenza speciale del giudice del luogo dove si formò il rapporto giuridico contrattuale, sorto per rendere più agevole la trattazione della causa, giacchè nel luogo, dove si era concluso il contratto, si riteneva più facile raccogliere le prove della formazione sua in tempi di scarse e difficili comunicazioni; mantenutasi per questa e per altre ragioni proprie alle condizioni di altri tempi (varietà delle leggi, di cui si presumeva maggiore la conoscenza nel giudice del luogo, la cui legge doveva applicarsi, cioè quella del contratto, diritto del giudice del luogo di formazione del rapporto in esso sorto ecc.), permane oggi, malgrado siano cessate le condizioni, i bisogni e le idee particolari, donde trasse origini e vita (1): e si deve perciò, giustificarlo in base ad altre ragioni ed esigenze: circostanza questa che va tenuta in gran conto nella interpretazione dei testi di legge, che lo disciplinano (art. 91). La notificazione della sentenza al contumace, per opera di un usciere a ciò specialmente destinato dal giudice che la pronunziò, prescritta dall'art. 385 sotto pena di nullità, ha origine da una disposizione del codice francese (art. 156) determinata dalla necessità di impedire le frodi degli uscieri, che simulavano le notificazioni; inconveniente di altri tempi e di altre condizioni sociali e politiche, scomparso il quale, è oggi cessata ogni ragione d'essere della disposizione contenuta nell'art. 385 (2).

(1) Cfr. CASTELLARI, *Le competenze in materia di obbligazioni*, pag. 107 e seg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 324 e 325.

(2) CHIOVENDA, *La notificazione delle sentenze civili*, in *Saggi di diritto processuale*, pag. 265.

Queste circostanze debbono, naturalmente, essere di molto peso nell'interpretazione dell'art. 385. Il *giuramento*, che nel processo germanico era considerato come una forma di intervento della divinità a favore del litigante che avesse ragione, mantenutosi, nel processo comune, già per un fenomeno di sopravvivenza, non trova, nel processo moderno, altra possibile giustificazione che il desiderio della legge di ottenere, in mancanza di altri mezzi migliori, una sollecita soluzione della controversia (1).

Ma non solo l'indagine storica fornisce lumi per l'interpretazione del diritto vigente, essa è qualche volta un mezzo *decisivo* per la risoluzione della questione. Ad esempio l'articolo 93 cod. proc. civ. attribuisce al *forum rei sitae* le *azioni reali su beni immobili*. Le azioni di puro accertamento aventi per oggetto un diritto reale vanno proposte al *forum rei sitae*? È dubbio infatti che possa chiamarsi *azione reale* una azione che tende al semplice *accertamento* e non all'*esecuzione*. Ricorrendo all'indagine storica si trova che il *forum rei sitae* ha precedenti tanto nel diritto romano quanto nel diritto germanico: solo che in Roma esso è principalmente giustificato dalla necessità di facilitare la futura esecuzione; nel diritto germanico ha piuttosto a base il concetto che la sovranità del giudice sui terreni esistenti nella sua giurisdizione è esclusiva di ogni altra (2). Se si ritiene che nel codice nostro sia passato il concetto germanico del *forum rei sitae* (come dimostrerebbe il fatto che, anche nel nostro diritto, questo foro è *esclusivo* e non concorrente col foro generale, e vale solo per gli immobili e non per i mobili) il trattarsi di azione di *semplice accertamento*, senza rapporto con la esecuzione, non toglierebbe l'applicabilità del *forum rei sitae*. Se, invece, si ritiene che nel nostro diritto sia passato il concetto romano (3), si deve adottare la soluzione contraria.

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 521.

(2) PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Nördlingen 1887-96, I, pag. 64. V. anche CHIOVENDA, *Principii*, pag. 331.

(3) Come fa il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 331.

CAPITOLO IV.

I singoli elementi della interpretazione delle leggi processuali: l'elemento pratico.

SOMMARIO. — 18. Dell'elemento pratico nella interpretazione delle leggi processuali. — 19. In specie: dell'elemento sistematico; cause della sua importanza: a) connessione del diritto processuale con le altre parti del diritto. — 20. b) unità organica del diritto processuale. — 21. I principi generali del diritto processuale italiano: il principio di uguaglianza delle parti. — 22. Il principio di disposizione delle parti. — 23. Il principio della economia dei giudizi e quello della unità del rapporto processuale. — 24. Il principio del formalismo nel processo. — 25. L'analogia e l'*argumentum a contrario*. — 26. Uso dell'*argumentum a contrario* nel campo processuale. — 27. Uso dell'analogia. — 28. L'estensione analogica in materia di nullità per inosservanza di forme. — 29. L'estensione analogica in materia di decadenze e di nullità per inosservanza di termini. — 30. Estensione analogica di norme di diritto processuale civile all'infuori del campo del processo civile.

18. — Di fronte all'elemento *storico*, da cui si desume la volontà di Stato contenuta nella legge, quale era al tempo della sua emanazione, l'elemento, che diremo *pratico* (1), il quale ci fornisce i mezzi per intendere nella sua portata *attuale* la volontà manifestata nella legge ha, certo, nel campo del diritto processuale, una posizione subordinata. Sarebbe tuttavia errore il credere che la norma di procedura vada interpretata come qualche cosa di isolato e di immobile; anche essa, invece, adattandosi nel sistema generale del diritto positivo, lo modifica e ne è modificata incessantemente; anche essa contiene norme e principî generali capaci di facilitare la comprensione della singola norma e di colmare le lacune contenute nel sistema.

(1) Adottiamo, anche qui, la terminologia del Menger, *System*, pag. 107-8.

19. — Anzitutto, l'elemento *sistematico* è un importante strumento per la interpretazione del diritto processuale. Ciò è dovuto, in buona parte, alla singolare posizione di questo diritto nel complesso dell'ordinamento giuridico. Il diritto processuale è diritto pubblico: esso trova, dunque, nel diritto pubblico, costituzionale ed amministrativo, tutti i suoi presupposti fondamentali. Al riavvicinamento del diritto processuale al diritto pubblico generale deve, forse, la nostra scienza i suoi maggiori progressi: è naturale quindi che l'interpretazione se ne giovi non poco. Non soltanto vi sono intere zone del diritto processuale che, per le loro attinenze col diritto costituzionale e amministrativo, richiedono per la retta applicazione della legge di procedura, la conoscenza delle norme e dei principî di diritto pubblico, come ad es. tutto ciò che concerne i rapporti fra la funzione giurisdizionale e la legislativa, tra la funzione giurisdizionale e l'amministrativa, ma la concezione stessa del diritto processuale come diritto pubblico e dei rapporti processuali come rapporti di diritto pubblico porta qualche volta validi contributi alla interpretazione di singole norme di diritto processuale civile. Così dal concepire il diritto d'azione come un diritto subiettivo del cittadino verso lo Stato alla prestazione della tutela giurisdizionale, a cui corrisponde l'obbligo dello Stato di spiegare la propria attività per tale tutela, dipende in gran parte la esatta applicazione del principio formulato nella massima: *sententia debet esse conformis libello*, di cui una applicazione si trova nello art. 517 n. 4, 5 e 6 cod. proc. civ.; solo tenendo presente quel concetto dell'azione si comprende ciò che la parte ha diritto di chiedere al giudice, e ciò che il giudice può e deve prestare alla parte (1). Ma bisogna tener presente che se il diritto processuale civile è diritto pubblico, esso ha anche strettissimi legami col diritto privato: questo costituisce la

(1) Vedi esempi di questo sfruttamento del concetto pubblicistico della azione per l'interpretazione dell'art. 517 in ROCCO (ALFR.), *Sentenza civile*, pagina 122 e segg.

materia o il *contenuto sostanziale* del diritto di procedura, che è, rispetto al primo, semplicemente un diritto-mezzo. La conoscenza di questo contenuto sostanziale è altrettanto indispensabile per la interpretazione delle norme processuali quanto, per la interpretazione delle norme di diritto materiale, la conoscenza dei fenomeni sociali ed economici, che esse regolano. Così, la interpretazione delle norme del codice di procedura civile sulla capacità processuale (art. 136 e segg.), sulla competenza (art. 70 e segg.), sull'intervento in causa (art. 201 e segg.), su la chiamata in garanzia (art. 193 e segg.), sui rapporti tra il giudizio petitorio e possessorio (art. 443 e segg.), sulla pluralità di interessati alla lite rispetto ai mezzi per impugnare la sentenza (art. 469 e segg.), sulla esecuzione forzata sui beni mobili ed immobili (art. 577 e segg.), e di quasi tutte quelle contenute nel libro III (*Dei vari procedimenti speciali*), in particolare delle disposizioni sugli assenti (art. 793 e segg.), sul matrimonio, l'autorizzazione alla donna maritata e la separazione personale dei coniugi (art. 797 e segg.), sui minori (art. 812 e segg.), sull'interdizione e l'inabilitazione (art. 836 e segg.), sulla rettificazione degli atti dello stato civile (art. 845 e segg.), sull'apertura delle successioni (art. 847 e segg.), sul sequestro e la denuncia di nuova opera (art. 921 e segg.), non può dare risultati utili se non ricollegando queste norme a quelle del diritto privato materiale, civile e commerciale. E che dire dell'interpretazione di altre norme di diritto processuale scritte in altri codici, o che si desumono dalla logica del sistema, come ad esempio, i principi sulla cosa giudicata?

Tutta la materia della indentificazione delle azioni, così interessante per vari istituti di diritto privato processuale, non può essere intesa, nelle sue applicazioni pratiche, senza una compiuta conoscenza degli istituti di diritto privato. Ciò importa che assai di sovente il processualista, nell'interpretare una norma di procedura debba anzitutto risolvere una questione di diritto civile, da cui quell'interpretazione dipende. La distinzione, ad esempio, tra azioni *reali* e *personali*, fondamentale in materia di competenza, si riconnette a quella

tra diritti *reali* e *personali*, che è tra le più ardue e disputate del diritto privato. La nota questione, sui limiti entro i quali le azioni ipotecarie vanno portate al *forum rei sitae*, secondo il disposto dell'art. 93, deve essere risolta, specialmente, tenendo presente la natura dell'ipoteca e il valore della trascrizione nei rapporti tra debitore e creditore, e tra questi e i terzi (1).

20. — Ma anche sotto l'altro aspetto *l'elemento sistematico* è un indispensabile sussidio per l'interpretazione delle leggi di procedura. Il diritto processuale regola un complesso di rapporti strettamente legati tra di loro da un nesso organico, in quanto costituiscono tutti manifestazioni di un'unica attività, indirizzata ad un unico scopo. Non v'è, forse, ramo del diritto in cui questo stretto legame tra i vari istituti e le varie norme che lo compongono, si verifichi così come nel diritto processuale. Il diritto civile regola molteplici rapporti e svariatissime forme di attività: diversi gli uni e le altre per la natura, per gli scopi, per i subietti: un rapporto di famiglia è ben altra cosa di un rapporto economico di scambio e l'uno può esistere ed essere considerato affatto isolatamente dall'altro; così un rapporto economico di scambio di cosa contro denaro (vendita) o di servizi contro denaro o altra utilità (locazione d'opera) o di cosa contro cosa (permuta) non ha, con altri rapporti, sia pure analoghi, alcuna necessaria connessione logica o pratica. Lo stesso dicasi del diritto amministrativo, che regola una quantità di diverse attività dello Stato, così poco connesse tra loro da non poter essere neppure comprese sotto un'unica definizione. Invece il diritto processuale civile regola i rapporti derivanti da un'unica funzione dello Stato, la funzione giurisdizionale civile, e quindi un complesso di attività, che si indirizzano ad un solo scopo, la realizzazione per opera dello Stato degli interessi privati garantiti dal diritto. In questo tutto organico che è il processo e il diritto

(1) Vedi specialmente SIMONCELLI, *Lezioni*, pag. 341 e segg.

processuale, nessuna delle parti può essere considerata isolatamente dall'insieme, e il ricollegamento di ciascuna norma col complesso del sistema è una delle necessità pratiche più vivamente sentite. Nessun altro ramo del diritto, infatti, è forse così dominato da principî generalissimi come il diritto processuale. Lo studio di questi principî è una esigenza quotidiana della interpretazione delle leggi processuali; la loro conoscenza serve a determinare il carattere di ciascuna norma, a stabilire se essa è applicazione o deviazione di tali principî, se quindi è suscettibile o non di estensione analogica; serve a colmare le lacune e a provvedere ai silenzi della legge, a chiarirne infine l'espressione ambigua od oscura.

I più importanti principî generali del processo civile italiano sono: il principio di *uguaglianza delle parti*, il principio della *economia dei giudizi*; il principio di *disposizione delle parti*; il principio della *unità del rapporto processuale*; il principio del *formalismo nel processo*:

a) il principio di *uguaglianza delle parti* è l'applicazione, nel campo del processo, del principio generale dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, sancito nell'art. 24 dello Statuto, il quale, a sua volta, è una conseguenza logica della natura *universale* del comando contenuto nella norma giuridica, che essendo rivolto a tutti i cittadini, deve essere da tutti ugualmente osservato (1). Nel processo civile esplicandosi l'azione dello Stato per la realizzazione, mediante accertamento ed esecuzione forzata, degli interessi individuali tutelati dal diritto obbiettivo, è chiaro che *tutti* gli interessi tutelati dal diritto materiale devono trovare in esso soddisfazione: e tutti ve la devono trovare *nei precisi limiti segnati dal diritto materiale*. Nessun interesse, nel processo, può essere realizzato se non in quanto sia garantito dal diritto: nessun interesse garantito dal diritto può essere sacrificato alla realizzazione di un altro interesse che il diritto pure ga-

(1) Vedi su questo principio: JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ediz., Tübingen 1905, pag. 97 e segg., 135.

rantisca. Nel processo di cognizione, in cui è incerto ancora quale delle parti abbia ragione, il principio di eguaglianza importa che siano ugualmente tutelati l'interesse dell'attore all'accoglimento e quello del convenuto al rigetto della domanda. Nel processo esecutivo lo stesso principio importa che la realizzazione del diritto accertato a favore di una parte non leda in alcun modo l'integrità della sfera giuridica dell'altra parte, la cui libertà non può essere limitata che nella misura strettamente necessaria per la realizzazione di quel diritto: anche qui debbono essere ugualmente tutelati l'interesse dell'attore al soddisfacimento del suo diritto e quello del convenuto alla conservazione della sfera di libertà garantitagli dal diritto obiettivo.

Questo pari trattamento degli interessi opposti delle parti che appaiono egualmente degni di tutela, informa tutto il nostro processo civile e trova riconoscimento in varie disposizioni della legge di procedura. Ne è una applicazione la regola generalissima dell'art. 38 cod. proc. civ.: « non si può statuire su alcuna domanda, se non sentita o debitamente citata la parte, contro cui è proposta, salvo i casi determinati dalla legge »: (*principio del contraddittorio*); regola che mira appunto a porre le parti in eguali condizioni per far valere le loro ragioni e difese (1). Ne sono una applicazione le norme sulla competenza, che tengono conto egualmente dell'interesse del convenuto ad esporre le sue difese nel luogo, dove ciò gli riesce più comodo, stabilendo che, di regola, egli debba essere citato nel luogo dove è il centro dei suoi affari o dove ha la sua dimora abituale (art. 90), e dell'interesse dell'attore ad avere, il più possibile, facilitato l'esercizio della sua azione, dandogli la scelta di citare il convenuto nel foro del domicilio o in quello della residenza (art. 90) o anche in altri luoghi dove si presume che possa riuscirgli più comodo lo svolgimento del processo (art. 91). Ne sono una applicazione tutte

(1) Cfr. Menger, *System*, pag. 307 e segg.; Pollak, *System*, pag. 400 e segg.

le norme sulla contumacia, le quali, mentre permettono, a favore della parte regolarmente comparsa, lo svolgimento del rapporto processuale, malgrado la contumacia dell'altra (articoli 384, 385), provvedono altresì ad assicurare al contumace una efficace difesa delle sue ragioni concedendogli la *restitutio in integrum* contro gli effetti della *facta confessio* qualora giustifichi un legittimo impedimento (art. 218, 225) (1), permettendogli, in ogni tempo, la comparizione tardiva (art. 386), concedendogli il diritto di fare opposizione alla sentenza contumaciale, quando non sia stato citato in persona propria (art. 474 e segg.). Ne sono, infine, una applicazione le norme che, in vista dell'urgenza, permettono bensì al creditore, il quale sia in pericolo di perdere le garanzie del suo credito di ottenere il sequestro delle cose spettanti al debitore, senza citazione di questi, ma prescrivono, a tutela del debitore, che il decreto di sequestro debba immediatamente essere convalidato, in un regolare giudizio in contraddittorio, e, non intervenendo la convalida, riconoscono al debitore il diritto al risarcimento dei danni (art. 933 e 935), conciliando in tal modo gli interessi di ambedue le parti. E gli esempi si potrebbero moltiplicare, perchè il principio dell'egual trattamento delle parti informa tutto il nostro diritto processuale.

Questo così generale principio può essere utilmente adoperato per l'interpretazione, specie nelle materie non disciplinate o non completamente disciplinate dalla legge: così, ad esempio, nella questione del modo, secondo cui va ripartito l'onere della prova. Il problema — come è noto — si risolve, mediante l'applicazione combinata del principio di uguaglianza e di quello di autoreponsabilità delle parti. Se, fino ad accertamento avvenuto, e quindi per tutto il processo di cognizione, essendo incerto quale delle parti abbia ragione, l'interesse dell'attore all'accoglimento e quello del convenuto al rispetto della domanda, meritano uguale tutela, l'affermazione

(1) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 470-471. Cfr. anche WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, pag. 344, 410 e segg.

dell'uno di un fatto producente conseguenze giuridiche a suo vantaggio, ha lo stesso valore della negazione dell'altro. Ma, poichè, per il principio di *disposizione* o di *responsabilità* delle parti, spetta alle parti il preparare al giudice il materiale di cognizione (*iudex iudicare debet secundum alligata et probata*) e ciascuna soffre le conseguenze della propria inattività, ne deriva il principio che ciascuna delle parti deve provare i fatti che vuole siano ammessi come veri dal giudice, ossia che ciascuna parte deve provare i fatti alla cui ammissione ha interesse (1).

22. — *b)* Il principio di *disposizione delle parti* è una conseguenza della regola vigente nel nostro diritto processuale civile che l'attività giurisdizionale dello Stato per la realizzazione degli interessi privati non si svolge, se non per iniziativa del privato stesso. Questa regola, che nel suo concetto fondamentale, è connessa alla natura medesima dei rapporti, che si tratta di realizzare nel processo (2), si applica in una duplice direzione: in quanto l'organo giurisdizionale non può spiegare la sua attività che su *richiesta* del privato, e in quanto può spiegarla solo sugli *elementi (di fatto)* offerti dal privato. In questa sua seconda applicazione il principio dispositivo si chiama anche principio di *responsabilità* delle parti, perchè, essendo rimesso all'individuo lo scegliere i mezzi per la di-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 491-492; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 437; WACH, *Beweislast*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, XXIX, pag. 359 e segg.

(2) Se l'iniziativa del privato nel promuovere l'attività giurisdizionale per la realizzazione dei propri interessi fosse *esclusa*, il diritto privato cesserebbe di esistere come tale; infatti in tal caso lo Stato considererebbe quegli interessi soltanto come interessi propri. Se poi l'iniziativa dello Stato fosse stabilita *accanto* all'iniziativa privata, tutte le norme di diritto privato diventerebbero norme d'*ordine pubblico*; quegli interessi sarebbero allora considerati dallo Stato anche come interessi propri, e si avrebbe quella geminazione di interessi tutelati, propria delle norme di ordine pubblico. Cfr. ROCCO (ALFR.), nella *Rivista di dir. comm.*, 1906, II, 299 e segg.

fesa dei suoi interessi, l'individuo stesso subisce, in fatto, le conseguenze del modo, con cui vi ha provveduto (1).

Il tener presente questo principio, il suo fondamento e la sua ragion d'essere, può riuscire di grande utilità nell'interpretazione delle leggi processuali. Un esempio importante ci è fornito dalla materia della *confessione*, nella quale non si deve vedere l'esercizio di un diritto di disposizione della parte sul rapporto materiale, e neppure sul rapporto processuale (perchè le parti non *dispongono* del materiale di causa, ma sopportano le *conseguenze dannose*, del modo, con cui lo preparano al giudice). Nella confessione si ha una esplicazione del principio di *disposizione*, inteso come *responsabilità* delle parti per la preparazione del materiale di causa. La parte, che ha affermato un fatto a sè sfavorevole, subisce le conseguenze di questa ammissione, che la legge, presumendola rispondente al vero, eleva a *prova legale* del fatto (2). Ciò posto deve decidersi, che quando le conseguenze sfavorevoli della confessione si ripercuotono non sulla parte o non solo sulla parte, ma su tutta la collettività (per es. nelle questioni di stato), vien meno il pieno valore probatorio della confessione: cessata la ragione dell'applicabilità del principio *dispositivo*, subentra il principio della *officialità* (3).

In base allo stesso concetto deve negarsi efficacia ai contratti in materia di prove, perchè non esiste *diritto* di disposizione delle parti sul materiale processuale, che possa essere oggetto di convenzione; esiste una *responsabilità* tutta di *fatto*

(1) Sulla questione se e fino a quel punto il principio dispositivo in questa sua seconda direzione derivi dalla natura stessa del diritto privato vedi POLLAK, *System*, pag. 406-407.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 518 e inoltre: BILLOW, *Das Geständnisrecht*, Freiburg 1899, pag. 25 e segg.; WITTMACK, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXXXVIII, pag. 18; POLLAK, *System*, pag. 412-413; DIANA, *La confessione*, Torino, 1901 (estr. dalla *Giur. italiana*); BARASSI, *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, negli *Scritti in onore di V. SCIALOJA*, II, pag. 673 e segg. In senso diverso, MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902.

(3) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 450; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 350 e 455.

e non *giuridica* del modo, con cui esse preparano il materiale di causa. Ora questa responsabilità, appunto perchè di fatto e non giuridica, resta quello che è, malgrado qualunque convenzione delle parti: essa non è la conseguenza, che il *diritto* metta in conto alla parte, in ragione della *sua* condotta, ma è l'effetto del modo, con cui il giudice valuta il materiale di causa, è quindi la conseguenza, ricadente sulle parti, della condotta di un terzo, organo di Stato, la quale non può essere regolata dalla volontà delle parti (1).

23. — c) Il *principio della economia dei giudizi* consiste in ciò, che la legge provvede ad ottenere lo scopo del processo (realizzazione, mediante accertamento ed esecuzione forzata, degli interessi individuali tutelati dal diritto) col minor possibile impiego di attività processuale. È questo, anzitutto, un principio di politica legislativa, non sempre, purtroppo, attuato, ma è anche un principio di diritto positivo, che, nei casi dubbi, deve servir di guida all'interprete.

Così sul principio della economia dei giudizi è fondata l'eccezione di litispendenza (art. 104) e in parte anche il principio della cosa giudicata, in quanto è anch'esso ispirato allo scopo di evitare una inutile duplicazione di attività giudiziaria (2).

d) Il *principio della unità del rapporto processuale* dipende da ciò, che il diritto di ciascuna parte in causa, di ottenere dall'organo giurisdizionale la prestazione della sua attività per la realizzazione degli interessi privati tutelati dal diritto e l'obbligo dell'organo stesso di prestarla, non si esauriscono, nel loro esercizio, mediante un atto unico, ma mediante una *serie di atti*. Tale diritto e tale obbligo comprendono varie *facoltà*, da una parte, e vari singoli doveri, dall'altra, il cui esercizio e la cui prestazione, nella forma e nell'ordine prestabi-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 501.

(2) Allo stesso principio si ricollega in parte anche l'istituto della *confessione* (POLLAK, *System*, pag. 412).

liti dalla legge, costituiscono lo *svolgimento* del rapporto. Il quale dunque, per quanto svolgentesi in una serie di atti delle parti e dell'organo giurisdizionale, non cessa di essere *unico* e di avere un unico *oggetto*: l'intervento dell'organo giurisdizionale, non per la realizzazione degli interessi dell'attore piuttosto che di quelli del convenuto, ma obiettivamente, per la realizzazione di tutti gli interessi tutelati dal diritto (1).

Questo principio della *unità* del rapporto processuale, derivante dall'intima natura del processo, e del suo scopo, trova frequenti applicazioni nel campo del diritto processuale civile. Ricorderemo la regola, per cui, una volta costituito, il rapporto processuale, essendo unico, malgrado si svolga per atti diversi, prosegue nel suo svolgimento fino al suo termine e non può essere interrotto o modificato, se non per cause stabilite dalla legge, anche se sono venuti meno i presupposti della sua costituzione (per es. il domicilio del convenuto non è più nel luogo dove fu istituito il giudizio: questo continua nel foro dell'antico domicilio dove fu costituito). Un'altra applicazione del principio si ha nel fenomeno dell'*acquisizione processuale*. Il rapporto processuale, avendo un unico oggetto, e quindi il processo un unico scopo, le attività dei vari subietti di questo rapporto, tendono tutte ad un unico fine: la realizzazione degli interessi privati garantiti dal diritto, e non a fini diversi. Gli scopi remoti di ciascuno di tali subietti possono essere diversi, ed anche antagonistici, ma lo scopo prossimo è uguale per tutti. Da ciò la conseguenza che il prodotto dell'attività di una parte non può essere sfruttato solo da essa, ma diviene un mezzo per il conseguimento dello scopo comune, e può essere adoperato anche dall'altra parte (*acquisizione processuale*): il testimone citato da una parte, può essere interrogato anche dall'altra (s'intende per mezzo del giudice: art. 243), il documento esibito da una parte può essere invocato anche dall'altra.

(1) Su questo principio cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 70, 322, 402, 461.

24. — e) Il principio del formalismo del processo è l'espressione di una necessità che discende dalla natura stessa dello scopo processuale. Se il processo ha per oggetto la realizzazione, mediante accertamento ed esecuzione forzata, degli interessi tutelati dal diritto, la prima e più sentita esigenza di ogni sistema processuale è che tutti gli interessi tutelati dal diritto siano garantiti nel processo e tutti siano nel processo realizzati. Il rispetto della integrità della sfera giuridica spettante a ciascun cittadino, ossia il rispetto della libertà di ogni cittadino è, dunque, indissolubilmente connesso con l'attuazione dello scopo processuale. Poichè, nel processo civile, l'atto di ciascuna delle parti tende a provocare un atto dello Stato, che produce effetti nei riguardi dell'altra parte, il principio generale di libertà richiede che ogni atto delle parti e dello Stato sia circondato da garanzie che assicurino lo scrupoloso rispetto della sfera giuridica di ambedue le parti; fra queste garanzie, la più importante è certo, quella che il luogo, il tempo, il modo della esterna espressione di ciascun atto, tuttocì insomma che costituisce la *forma* degli atti processuali, sia determinato *a priori* precisamente e rigorosamente.

Il rimettere all'arbitrio di ciascun subietto processuale la scelta dei mezzi e delle modalità per la manifestazione esterna del proprio pensiero, che è quanto dire, il consacrare nel processo il principio della *libertà delle forme* (1), equivarrebbe a creare uno stato di disordine e di incertezza, incompatibile con l'attuazione dello scopo processuale. Ecco perchè, nel diritto processuale, al contrario che nel diritto materiale, il formalismo è la regola: l'idea di un sistema di forme è insita nel concetto stesso del processo (2).

Il principio del *formalismo* importa che la forma di ogni atto processuale sia determinata *a priori*, e che sia perciò di

(1) Sul concetto del formalismo come restrizione alla libertà di scelta nei mezzi di manifestazione del pensiero vedi le profonde osservazioni di JHERING, *Geist des römischen Rechts*, pag. 475.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, pag. 194 e 223; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 5; MENER, *System*, pag. 317 e 318.

regola escluso l'arbitrio dei subietti processuali sia nella scelta dell'*ordine*, in cui devono succedersi gli atti processuali (principio dell'*ordine formale* nei giudizi) (1), sia *del tempo* in cui debbono esser compiuti, sia dei *mezzi* che debbono essere adoperati per la manifestazione del pensiero e della volontà dei singoli subietti, sia anche, dell'*oggetto* intorno a cui tale pensiero e tale volontà devono pronunciarsi.

Il problema del formalismo nel processo è, anzitutto, un problema di scienza della legislazione; ed è questo, certo, il suo aspetto più importante: ma, nel diritto nostro processuale (ed è sotto questo riguardo che esso ci interessa, ai fini del presente studio), è anche un problema di diritto positivo, giacchè il codice di procedura civile non determina *a priori* in modo compiuto e preciso le forme di tutti gli atti processuali, ma, più di una volta, come vedremo fra breve, anche espressamente (es.: art. 447 e 464) apre l'adito, nella disciplina delle forme, alla interpretazione analogica, nella quale diviene indispensabile lo studio dei principj generali di diritto positivo sul formalismo nel processo.

25. — Lo studio dell'elemento sistematico nell'interpretazione del diritto processuale, ci conduce in ultimo a parlare dell'analogia e del così detto *argumentum a contrario*.

Noi crediamo, col Binding, che, nell'estensione analogica, si abbia, in sostanza, applicazione di una norma posta dal legislatore non *direttamente*, ma *indirettamente*, ossia mediante riconoscimento in un singolo caso, o in un singolo gruppo di casi (2). Il processo dell'analogia consiste nel desumere una

(1) Vedi Menger, *System*, pag. 319 e segg.

(2) Vedi Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig 1872, I, pag. 66 e segg.; e *Handbuch des Strafrechts*, pag. 214 e segg. Contro questa concezione del Binding, il Windscheid, *Pand.*, § 22, nota 8, oppone: « se il legislatore aveva coscienza di volere come diritto anche quello dichiarato non espressamente, ma tacitamente, perchè non lo ha detto espressamente? ». Il Binding, risponde: « io non affermo che il legislatore aveva coscienza di volere anche questo [cioè il principio stabilito mediante una applicazione singola] come diritto; affermo solo che si ha una sanzione di conseguenze non

volontà di Stato *tacitamente* manifestata, risalendo da una norma particolare, che si dimostra essere applicazione singola di un principio più generale, ad una norma più generale, che si applica al caso non regolato. Naturalmente occorre, perchè di estensione analogica possa parlarsi, che si provi esistere, nel caso concreto, una *dichiarazione tacita* di volontà legislativa; bisogna quindi provare che la singola norma o il singolo gruppo di norme espressamente sancite sono manifestazioni particolari, ma *concludenti*, di una volontà più generale, ossia regolante un maggior numero di rapporti (1).

Perchè questa prova possa darsi, due condizioni debbono concorrere; una *positiva*: che i rapporti espressamente regolati facciano parte di una categoria più ampia di rapporti *simili*, la quale comprenda anche il rapporto o i rapporti non regolati, a cui la norma più generale voglia applicarsi; ed una *negativa*: che gli altri rapporti della categoria generale

pensate dalla persona del legislatore» (*Handbuch*, pag. 216, nota 9). E noi aggiungiamo che, posto il concetto della legge come espressione *immanente della volontà dello Stato*, non è punto necessario, perchè una data norma sia considerata espressione attuale di questa volontà (la quale è, si noti, volontà di una *persona giuridica*) che essa sia stata nella *coscienza* delle persone fisiche che elaborarono la legge.

(1) Donde la regola che l'estensione analogica può applicarsi solo alle norme di *diritto comune*, cioè regolanti il maggior numero dei rapporti di una data categoria, e non a quelle di *diritto singolare* o *eccezionale*, cioè regolanti il minor numero dei rapporti di una categoria. Vedi su ciò ROCCO (ALFR.), *Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, negli *Scritti in onore di VITTORIO SCIALOJA*, II, pag. 542 e segg. Il procedimento dell'estensione analogica consta dunque di tre fasi: anzitutto si stabilisce che la norma o la pluralità di norme, che si vogliono estendere per analogia, sono conseguenze singole di un pensiero più generale; poi, si assume questo principio generale come principio di diritto positivo sanzionato dalla legge mediante la sanzione delle sue conseguenze, essendo la sanzione della conseguenza un atto concludente per la sanzione del principio; infine si desumono dal principio di diritto così trovato ulteriori conseguenze: cfr. su ciò BINDING, *Handbuch*, pag. 215-216. Sul procedimento dell'analogia vedi anche: MERKEL, *Juristische Encyclopadie*, §§ 105 e segg.; GÉNY, *Interprétation*, pag. 264 e segg.; REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 155 e segg.; HÖLDER, *Pand.*, pag. 45; FERRINI, *Pandette*, pag. 36 e segg.; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, pag. 80 e segg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia*, pag. 139-142.

a cui appartengono i singoli rapporti espressamente regolati, non siano già regolati in *modo diverso* da un'altra norma, ossia che la norma *particolare* non sia *deviazione* da una norma diversa, più generale, e perciò non si trovi, di fronte a un'altra norma, nel rapporto di *eccezione a regola*.

Se manca una di queste due condizioni, l'estensione della norma dal caso regolato al caso non regolato non è possibile; anzi, dal non essere il caso non regolato compreso espressamente nella norma, si deve argomentare la sua inapplicabilità al caso non regolato (*inclusio unius, exclusio alterius*; *argumentum a contrario*) (1). È questa una applicazione del principio logico del terzo escluso (2). Se il rapporto, di cui è questione, non è simile a quello espressamente regolato, il fatto che la norma regoli questo e non quello, dimostra che quello è diversamente disciplinato. Se poi, pur essendo simile il rapporto non regolato a quello regolato, la norma che regola quest'ultimo si rivela *particolare* ad *alcuni* rapporti di una data categoria, rimanendo tutti gli altri rapporti della stessa categoria soggetti ad una diversa norma più generale, il fatto che la norma particolare o eccezionale regoli alcuni di tali rapporti e non quello, di cui si tratta, dimostra egualmente che questo è diversamente disciplinato.

Mentre dunque l'estensione analogica della norma presuppone l'esistenza di quelle due condizioni, l'*argumentum a contrario* presuppone la mancanza di almeno una di esse, senza di che tanto l'uso dell'una quanto quello dell'altro conducono a conseguenze erranee (3).

(1) Cfr. HÖLDER, *Pandekten*, pag. 45.

(2) WACH, *Handbuch*, pag. 270.

(3) Una delle difficoltà maggiori che offre l'argomentazione *a contrario* è quella di determinare *esattamente* quali sono i casi *esclusi*, cioè *non regolati* dalla norma, e che, quindi si debbono ritenere regolati da una norma diversa: è in genere difficile formular bene la proposizione contraddittoria a quella affermata nella norma, che, per il principio del terzo escluso, di cui l'*argumentum a contrario* è applicazione, si deve ritenere negata, o viceversa. Vedine un esempio, in seguito, a proposito dell'art. 47 cod. proc. civ. (num. 29).

26. — Nel diritto processuale, l'uso dell'*argumentum a contrario* non offre alcuna particolarità rilevante: quando si è detto essere necessario, per la validità sua, che il rapporto in questione non sia di natura analoga a quello o a quelli regolati dalla norma, di cui si tratta, oppure, che, malgrado l'analoga, la norma abbia carattere eccezionale, non occorre aggiungere altro. Un esempio tipico varrà ad illustrare la regola. Per l'art. 43 cod. proc. civile « nel computo dei termini misurati a giorni o a periodi maggiori non si comprende il giorno della notificazione » e « nei termini misurati a ore non si comprende l'ora della notificazione ». La legge parla solo del termine *iniziale* (*dies a quo*). Che dovrà dirsi del termine *finale* (*dies ad quem*)? Il giorno o l'ora in cui l'atto ha luogo va computato o non va computato nel termine? Estendendo per analogia ciò che l'art. 43 dispone per il *dies a quo* bisognerebbe rispondere negativamente; argomentando *a contrario* dalla stessa disposizione, bisognerebbe, invece, rispondere affermativamente. Eppure, ambedue le soluzioni sarebbero, a nostro avviso, errate. L'art. 43 è, evidentemente, applicazione di un principio generale: del principio, che tutto il tempo, compreso nel termine, deve essere *utile* per il conseguimento dello scopo, per cui il termine fu stabilito: di qui la conseguenza (sancita nell'art. 43) che l'unità di tempo, in cui avvenne il fatto, da cui il termine decorre, non si computa nel termine. La norma dell'art. 43 troverà dunque applicazione in quei casi, che presentano analogia con quello ivi contemplato, e perciò quando l'atto, rispetto a cui il termine è prescritto, *non può aver luogo prima* che il termine sia spirato. In questo caso il fatto, che dà inizio al decorso del termine, e quello che lo chiude devono egualmente trovarsi *all'infuori* del tempo, compreso nel termine, perchè questo possa dirsi realmente trascorso. Quando invece questa analogia non sussiste, perchè l'atto, rispetto a cui è stabilito il termine, deve trovarsi non già, come il fatto iniziale, *all'infuori*, ma *entro* il termine, l'estensione analogica della norma scritta nell'articolo 43 non è possibile, e si deve invece, argomentando *a*

contrario, ritenere che il *dies ad quem* sia da computare nel termine. Donde la regola: il *dies ad quem*, non si computa, al pari del *dies a quo*, nel termine, per i termini *dilatori*: si computa, al contrario del *dies a quo*, per i termini *comminatori* e *perentori* (1).

27. — Importanza affatto particolare ha, invece, nel diritto processuale, l'uso della *analogia*. Già in tutti i campi del processo l'estensione analogica trova applicazione. La legge non provvede a determinare il foro generale delle persone giuridiche; si applicherà per analogia la disposizione dell'art. 90 ult. capov. riguardante le società, la quale deve ritenersi espressione di un principio generale concernente tutte le organizzazioni di interessi collettivi (2). L'art. 139 non stabilisce quale età debba avere la persona, a cui è consegnata la copia della citazione, quando questa non possa notificarsi alla persona del convenuto. Poichè lo scopo di tale consegna è di ottenere una testimonianza della avvenuta *insinuatio ad domum*, (come si argomenta dallo stesso art. 139 capov. 5) si ritiene applicabile per analogia il disposto dell'art. 236 capov., che fissa a quattordici anni l'età in cui si acquista la capacità ad essere sentito come testimone (3). Benchè l'art. 146 permetta espressamente la citazione per pubblici proclami solo nel caso in cui « la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da citarsi », pure deve ammettersi una tal forma di citazione in tutti i casi, in cui sia impossibile la citazione nei modi ordinari: e particolarmente quando siano ignote o indeterminate le persone dei convenuti; è infatti un principio generale, il quale si desume e dall'art. 146, e da altri articoli di legge (es: art. 141, 142, 629, 630, 667

(1) È questa la soluzione adottata dalla giurisprudenza prevalente: vedi MATTIROLO, *Trattato*, II, num. 164.

(2) MORTARA, *Commentario*, II, num. 157.

(3) MATTIROLO, *Trattato*, II, num. 114, nota 1 e la giurisprudenza ivi citata; MORTARA, *Commentario*, III, num. 265; CUZZERI, *Il codice di proc. civ.*, sull'art. 139; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 396.

cod. proc. civ., 330, 912 cod. comm.), la sostituzione della *pubblicità* alla *notificazione individuale* sempre che sia grande o ignoto il numero delle persone interessate alla conoscenza di un determinato atto (1). L'art. 251 permette l'esame dei testimoni *a futura memoria*, quando si possa temere che «sia per mancare uno o più testimoni necessari a far valere un diritto o un'eccezione»: questa disposizione deve ritenersi applicazione di un principio più generale: che possa anticiparsi il raccoglimento della prova, quando sia a temerne la dispersione. Di qui la possibilità, anche, di una *perizia a futura memoria* (2).

Ma la particolarità più singolare dell'uso dell'analogia nel diritto processuale italiano è data dalla possibilità di estendere, per analogia, *forme* e *termini*, colle rispettive nullità e decadenze.

Ciò risulta da vari testi di legge. Il codice di procedura civile non di rado dichiara espressamente applicabili, in via di analogia, ed entro i limiti della analogia, le norme scritte per un procedimento ad un altro procedimento; così, per l'art. 447, al procedimento davanti ai pretori si applicano le norme per il procedimento davanti ai tribunali, in quanto siano applicabili; per l'art. 464, il procedimento davanti i conciliatori è regolato con le norme del procedimento davanti i pretori; per l'art. 740 le disposizioni contenute nei capi I e II del titolo III, libro II, cioè le norme regolanti il giudizio di spropriazione e quello di graduazione nella esecuzione sugli immobili, si applicano anche ai giudizi di vendita e di graduazione, che fanno seguito all'istanza di purgazione delle ipoteche; per l'art. 886, in materia di divisione credi-

(1) MATTIROLO, *Trattato*, II, num. 131, nota 3; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 397. Contro però vedi CUZZERI, sull'art. 146; MORTARA, *Commentario*, III, num. 275. Ed invero la maggioranza degli autori ritiene, secondo noi a torto, che la disposizione dell'art. 146 sia di diritto singolare: vedi per tutti MATTIROLO, *Trattato*, II, num. 133, nota 3; MORTARA, *Commentario*, III, num. 273.

(2) MATTIROLO, *Trattato*, II, num. 1022 e segg.

taria, per la vendita dei mobili si applicano le norme sulla vendita e aggiudicazione degli oggetti pignorati, e per la vendita degli immobili, si osservano le norme riguardanti la vendita dei beni immobili dei minori; per gli art. 943 e 944 le disposizioni sulla esecuzione delle sentenze straniere si applicano al procedimento per la esecuzione dei provvedimenti di sequestro dati dalle autorità giudiziarie straniere, e per dar forza esecutiva agli atti autentici ricevuti in paese estero (1).

Già, in base a queste disposizioni, sono numerosi i casi di estensione analogica di norme, come quelle che stabiliscono forme e termini, con le relative nullità e decadenze, le quali, all'infuori del diritto processuale, non si ritengono suscettibili di analogia. Inoltre e per la natura stessa del diritto processuale, in cui il formalismo appare come regola e non come eccezione (v. sopra n. 24), e per il difettoso ordinamento del sistema delle forme nel nostro vigente diritto processuale, i casi di nullità e decadenze estese per via di interpretazione analogica sono assai frequenti, nel campo del processo civile.

28. — Il codice di procedura contiene una disposizione generale circa gli effetti della inosservanza delle forme processuali: quella dell'art. 56, per cui « non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge » ma « possono, tuttavia, annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza ». Questa disposizione apre la via alla estensione analogica in materia di nullità. Qualunque possa essere stato il pensiero di coloro che prepararono la vigente legislazione processuale (2), certo è che, per de-

(1) Esempi analoghi, per il Regolamento germanico, in WACH, *Handbuch*, pag. 274.

(2) La *Relazione* PISANELLI (Collezione GIANZANA, I, pag. 23), crede possibile una determinazione aprioristica degli elementi essenziali: « l'essenza degli atti di procedura, come di ogni altro atto, si determina dalla loro natura e destinazione. Un atto, in cui mancano gli elementi, senza dei quali dege-

terminare quali siano gli elementi che « costituiscono l'essenza » dei singoli atti di procedura, noi non abbiamo altro mezzo che riferirci alla volontà della legge; il decidere se un elemento sia o non, essenziale, dipende infatti esclusivamente dal modo, con cui la legge lo ha considerato, in relazione alla natura giuridica dell'atto nel sistema della legge, e allo scopo che la legge gli assegna. Gli elementi essenziali di un atto *giuridico* non possono desumersi che dal diritto *positivo*, a meno di volerli ricercare nei principî di un preteso diritto naturale o ideale o razionale, la cui esistenza, essa stessa, allo stato attuale della scienza, avrebbe bisogno di essere dimostrata. Ma, ristretta al campo del diritto positivo la ricerca degli elementi essenziali di ciascun atto di procedura, l'interpretazione analogica assume subito una grande importanza, essendo chiaro che, nel silenzio della legge, il primo elemento di decisione deve essere il modo, con cui questa ha risolto la questione in altri casi analoghi, espressamente regolati (1).

Non è certo lodevole questo sistema della nostra legge, che, invece di determinare in modo espresso quali sono le forme *essenziali*, la cui inosservanza cioè induce la *nullità* dell'atto, e quali le *non essenziali*, la cui mancanza costituisce una semplice irregolarità, colpita da altre sanzioni o anche

nera in una natura sostanziale diversa, o mancano le *condizioni*, ossia i mezzi necessari a raggiungere lo scopo, al quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, difetta della forma essenziale ». Ma quali saranno gli elementi di *forma* di un atto, senza dei quali esso degenera in una natura sostanzialmente diversa? Quali le condizioni (sempre di *forma*) necessarie a raggiungere lo scopo voluto dalla legge? È chiaro che l'essenzialità di alcune fra le *varie forme* prescritte dalla legge, non si può desumere che dalla legge. L'errore della distinzione tra elementi *accidentali* ed *essenziali*, a proposito delle nullità per difetto di forme, è quello di dimenticare che si è in materia di forme, e che nessuna forma è essenziale, se non è prescritta come tale, cioè a pena di nullità dalla legge, e nessuna è accidentale, se la legge, pur prescrivendola, non la sottopone a una sanzione diversa dalla nullità, o, anche la prescrive senza la minaccia di alcuna sanzione.

(1) Cfr. su tale questione CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, pag. 220.

priva di sanzione, si limita a determinare espressamente le forme essenziali in alcuni singoli casi, lasciando che negli altri esse si desumano per via di estensione analogica. Con ciò si cade nell'*incertezza* della forma, che è uno dei maggiori pericoli del formalismo. Tuttavia, dato il sistema della legge, quale esso è, l'estensione analogica delle nullità è una pura conseguenza del carattere stesso del formalismo. È infatti nella essenza del formalismo che l'osservanza della forma prescritta sia considerata come un elemento essenziale per la validità dell'atto: in ogni sistema formalistico, come è quello delle leggi di procedura, l'invalidità dell'atto mancante di forme è la regola, è un principio generale, che si può *produrre ad consequentias* (1).

29. — Anche la materia delle *decadenze* nel codice di procedura civile offre largo campo all'analogia. Qui manca del tutto una disposizione generale circa le sanzioni della inosservanza del termine, e, quindi, circa i casi in cui la inosservanza produce la *decadenza* dal diritto, o, almeno, la *nullità* dell'atto compiuto fuori termine. Dei termini *dilatatori* o *intermedi*, quelli cioè, che stabiliscono il momento, *prima* del quale uno o più atti *non possono* essere compiuti, il codice tace completamente. Dei termini *perentori* in largo senso, o *utili*, o *finali*, quelli cioè che stabiliscono il momento *dopo* il quale uno o più atti non possono essere compiuti, il codice parla negli art. 46 e 47, ma non per determinare *quando* l'inosservanza del termine induce decadenza o nullità, bensì soltanto per regolare, *nei casi in cui tale decadenza si produce*, la possibilità e modalità della proroga. La frase incidentale usata nell'art. 46 « i termini, *scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità*, sono perentori e non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria » non implica che produca deca-

(1) Giustamente nota il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 408, che le nullità non sono penalità, ma sono soltanto la logica conseguenza dell'inadempimento delle forme.

denza o nullità solo l'inosservanza di quei termini, per cui tale sanzione fu espressamente comminata. L'argomentare ciò *a contrario* da quella frase sarebbe fallace, perchè dall'affermazione contenuta nell'art. 46 si desume solo che non sono perentori e possono essere prorogati i termini, scaduti i quali la legge *non stabilisce la decadenza*, ma non già che non sono perentori i termini scaduti i quali la legge non stabilisce nè la decadenza, nè la non decadenza, ossia i termini sulle sanzioni dei quali la legge *tace*. L'opposto logico dell'affermazione contenuta nell'art. 46 è, infatti, unicamente, l'affermazione che non sono perentori i termini per la cui inosservanza la legge *dichiara* di non voler comminare la sanzione della decadenza, sia espressamente, sia implicitamente (per es. stabilendo sanzioni d'altra natura).

Tuttavia, la mancanza di una disposizione generale di legge non ha impedito alla giurisprudenza di applicare la sanzione della decadenza anche in casi, in cui la legge tace sugli effetti della inosservanza del termine (1). È compito pertanto della scienza il desumere dal sistema della legge un principio generale, che sia di guida nella risoluzione dei casi singoli.

L'esame della legge ci mostra che la sanzione della *nullità* per gli atti intempestivamente compiuti e della *decadenza* dalla facoltà di compiere atti all'infuori del termine prefisso è stabilita espressamente in moltissimi casi, tanto in materia di termini *dilatori* o *intermedi*, quanto di termini *utili* o *finali*.

Dei vari termini dilatori stabiliti dalla legge noi troviamo accompagnati da espressa sanzione di nullità per gli atti intempestivamente compiuti: il termine per comparire (art. 153), il termine che deve intercedere tra la notificazione dell'ordinanza che fissa gli esami dei testimoni, e il giorno degli esami (art. 233 capov. 1° e 2°), il termine tra la notificazione delle liste dei testimoni e il giorno degli esami di essi (art. 234

(1) Vedi la giurisprudenza citata in MATTIROLI, *Trattato*, II, n. 170, nota 2.

princ.). Dei termini perentori (in largo senso) o utili, la sanzione espressa di decadenza accompagna: il termine per il deposito del lodo (art. 24), il termine per la notificazione del ricorso per il regolamento di competenza (art. 111 e 112), il termine per la notificazione dell'ultima comparsa (non conclusionale) dopo l'iscrizione della causa a ruolo (art. 174 e 175), il termine per fare gli esami testimoniali (art. 232 e 246), il termine per dedurre le prove del falso (art. 304), i termini per impugnare le sentenze (art. 466), il termine per eseguire la vendita dopo il pignoramento (art. 581), il termine per promuovere la vendita in caso di aumento del sesto (art. 683 capov.), il termine per proporre le eccezioni di nullità nel giudizio di spropriazione (art. 695), il termine per compiere le formalità necessarie per liberare gli immobili dalle ipoteche, nel caso dell'art. 2041 cod. civ. (art. 729).

Ma se, in tutti questi casi, e in altri ancora, la sanzione di nullità o di decadenza è espressamente comminata, in moltissimi altri, che costituiscono anzi la maggioranza, la legge tace circa gli effetti della inosservanza dei termini. Ricordiamo, fra i termini dilatori, quelli degli art. 173 princ., 179 capov. 1^o, 223 capov., 562 e 577, 624 princ., 632 princ., 662 princ., 784; fra i termini utili, quelli degli art. 121, 164, 165, 177, 183, 209, 232, 403, 644, 650, 681, 711, 717, 780, ecc. Quale sarà, in questi casi, la sanzione della inosservanza del termine?

A nostro avviso, bisogna distinguere fra i termini che presentano analogia con quelli, per la cui trasgressione la legge stabilisce espressamente la nullità o la decadenza, e i termini di natura sostanzialmente diversa. Esaminando i vari casi, nei quali tale sanzione è comminata, si vede che in essi si ha sempre *concessione alla parte di una o più facoltà processuali limitate nel tempo*. Il diritto di azione, considerato come diritto astratto di ogni cittadino alla prestazione della tutela giurisdizionale, comprende molte *facoltà*, disciplinate dal diritto processuale obiettivo; è logico che il diritto processuale possa, al momento in cui le conferisce, limitarne taluna *nel tempo*, con lo stabilire o il momento in cui esse prendono

inizio, o quello in cui *cessano di esistere*; nel primo caso l'esercizio di tali facoltà è legato ad un *termine dilatorio* o *intermedio*; nel secondo a un *termine finale* o *utile* o *perentorio*, che dir si voglia. La nullità degli atti intempestivi, nel primo caso, è una conseguenza indeclinabile del fatto che essi costituiscono l'esercizio di una facoltà, la quale ancora *non ha cominciato ad esistere*: la decadenza dalla facoltà di compiere gli atti, e la conseguente nullità degli atti compiuti, dopo la scadenza del termine, nel secondo caso, è una conseguenza logica del fatto, che la facoltà, di cui tali atti costituiscono l'esercizio, *ha cessato di esistere*.

Se, adunque, i singoli casi, in cui le nullità e le decadenze sono espressamente comminate, costituiscono applicazioni di un unico principio generale, questo sarà suscettibile di ulteriori applicazioni, anche nei casi non regolati. Tutte le volte che la prescrizione di un termine dipende da ciò, che *viene concessa alla parte una facoltà processuale limitata nel tempo*, si può applicare la sanzione della nullità o decadenza, per gli atti intempestivi o tardivi.

I presupposti della applicazione analogica della nullità o decadenza sono quindi:

- a) che si tratti dell'esercizio di una facoltà *della parte*;
- b) che si tratti dell'esercizio di una facoltà *processuale* della parte, ossia di una facoltà, compresa nel diritto d'azione e concernente la richiesta di tutela giurisdizionale;
- c) che si tratti dell'esercizio di una facoltà processuale della parte, *limitata nel tempo dalla legge*.

A questa stregua, sono esclusi dall'applicazione analogica della nullità o della decadenza: a) i termini che concernono non l'attività delle *parti*, ma quella di un *organo giurisdizionale*: ben diversa è infatti la posizione della parte e quella dell'organo giurisdizionale, rispetto alle facoltà che a ciascuno di essi spettano; le facoltà processuali della parte sono *concessioni* dell'ordinamento giuridico, che attribuiscono al cittadino il diritto di pretendere una prestazione dallo Stato; la *determinazione* e la *limitazione* sono perciò, rispetto ad esse,

la *regola*; invece, le facoltà dell'organo giurisdizionale sono emanazioni della *sovranità* dello Stato, potere di sua natura illimitato, e che l'ordinamento giuridico limita; la determinazione e la limitazione sono, perciò, rispetto ad esse, l'*eccezione*; donde la conseguenza, che, mentre l'apposizione di un termine all'esercizio di una facoltà processuale di una parte, ha, *normalmente*, significato di *concessione di una facoltà limitata*, l'apposizione di un termine all'esercizio della attività di un organo giurisdizionale non ha, *normalmente*, tale significato, ma soltanto valore di una prescrizione di ordine tutto interno, che lo Stato fa al suo organo, per il miglior andamento della funzione giurisdizionale, e quindi nell'interesse dello Stato stesso e non in quello individuale della parte, a cui è preclusa ogni possibilità di far valere, nel proprio interesse, l'inosservanza del termine; questa ha di solito, per effetto, l'applicazione di sanzioni interne (disciplinari); così per il termine, di cui all'art. 179; per quelli di cui agli articoli 650, 681, 711, 780; b) sono esclusi altresì dall'applicazione analogica delle sanzioni di nullità e decadenza i termini che non concernono una *facoltà processuale* delle parti, cioè una facoltà in cui si esplica il loro *diritto* di richiedere la prestazione della tutela all'organo della giurisdizione, ma che regolano altre attività delle parti, in specie quella che non è esercizio di un *diritto*, ma adempimento di un *obbligo*; così non è perentorio il termine dell'art. 177 per il deposito dei fascicoli contenenti gli atti della causa, giacchè questo deposito è un puro obbligo, imposto alle parti per il miglior andamento del processo, non l'esercizio di una facoltà; c) non è possibile infine l'applicazione analogica della decadenza o della nullità ai termini se non in quanto essi *limitino* una facoltà processuale delle parti; così non è perentorio il termine di quindici giorni stabilito per la notificazione delle comparse di risposta e di replica, di cui agli art. 164 e 165, perchè la facoltà delle parti di determinare i limiti della controversia, che si esplica con le comparse, nel procedimento formale dura fino al momento in cui rimane ferma l'iscrizione a

ruolo (art. 174) e i termini degli art. 164 e 165 non limitano punto tale facoltà; essi invece limitano la facoltà dell'altra parte di far iscrivere la causa a ruolo (art. 173); si tratta dunque di termini, a cui non può applicarsi la sanzione di decadenza riguardo alla facoltà di rispondere e di replicare, ma che devono essere osservati, sotto pena di nullità, riguardo alla facoltà, che essi veramente limitano, di far iscrivere la causa a ruolo.

Ma, concorrendo le tre condizioni sopra enumerate, l'estensione analogica delle nullità e delle decadenze per inosservanza di termini è possibilissima. Così è nulla l'iscrizione della causa a ruolo fatta prima che sia decorso, non solo il termine per comparire, ma anche quello per rispondere (articolo 173); nullo il pignoramento fatto prima dei cinque giorni successivi al precetto (art. 577); nulla la vendita fatta prima che siano trascorsi dieci giorni dal pignoramento (art. 624); nulla la vendita delle ragioni di credito indicate nell'art. 620 eseguita prima che siano trascorsi venti giorni dalla dichiarazione del terzo debitore, prescritta dall'art. 613 (art. 632); nulla la citazione per la vendita degli immobili proposta prima dei trenta giorni dalla notificazione del precetto (articolo 662). Così la parte che ha deferito il giuramento non ha diritto di chiedere che se ne dichiari ricusata la prestazione dall'altra parte, che non comparve, se tra la notificazione dell'ordinanza che stabilisce il giorno della prestazione e il giorno stesso non trascorse l'intervallo stabilito nell'art. 223. Così, non può più proporre la ricusazione dei giudici la parte che non l'abbia fatto nei termini dell'articolo 121; non può reclamare contro l'ordinanza del presidente che risolve, in casi d'urgenza, un incidente, la parte che abbia lasciato trascorrere i tre giorni passati dall'art. 183; nè, ove abbia lasciato passare lo stesso termine, può reclamare contro i provvedimenti del giudice delegato per l'esecuzione della prova (art. 209); non si può, scaduti i tre giorni di cui all'art. 403, proporre la ricusazione degli arbitri conciliatori e dei periti; non è possibile, per il debitore, riscat-

tare gli oggetti aggiudicati, dopo i dieci giorni, di cui all'articolo 644; nè reclamare contro la liquidazione del perito di cui all'art. 717, dopo i cinque giorni ivi stabiliti, e via dicendo.

30. — Resta in ultimo, in materia di estensione analogica del diritto processuale, da risolvere la questione, se sia possibile estendere per analogia le norme del diritto processuale civile all'infuori del campo del processo civile propriamente detto. La questione può farsi e si fa specialmente per il processo penale e per il procedimento avanti gli organi della giustizia amministrativa, a cui è dubbio se possono applicarsi, in difetto di speciali disposizioni sulla materia, le corrispondenti norme del processo civile di cognizione, in quanto siano applicabili (1). A noi sembra sicura, in ambedue i casi, l'esattezza della risposta affermativa. Il processo civile di accertamento o di dichiarazione ci presenta il tipo di un *giudizio solenne*, circondato da tutte le possibili garanzie di sostanza e di forma. Quale giudizio, infatti, più solenne e più importante di quello che un organo imparziale e indipendente dello Stato, quale è il giudice, pronunzia sopra l'esistenza di un determinato rapporto giuridico? Il diritto scritto nel codice di procedura civile, per i giudizi degli organi giurisdizionali, si può dunque ben considerare quale l'espressione del diritto comune di tutti i giudizi solenni, così come il regolamento e gli usi della Camera si sogliono considerare come il diritto

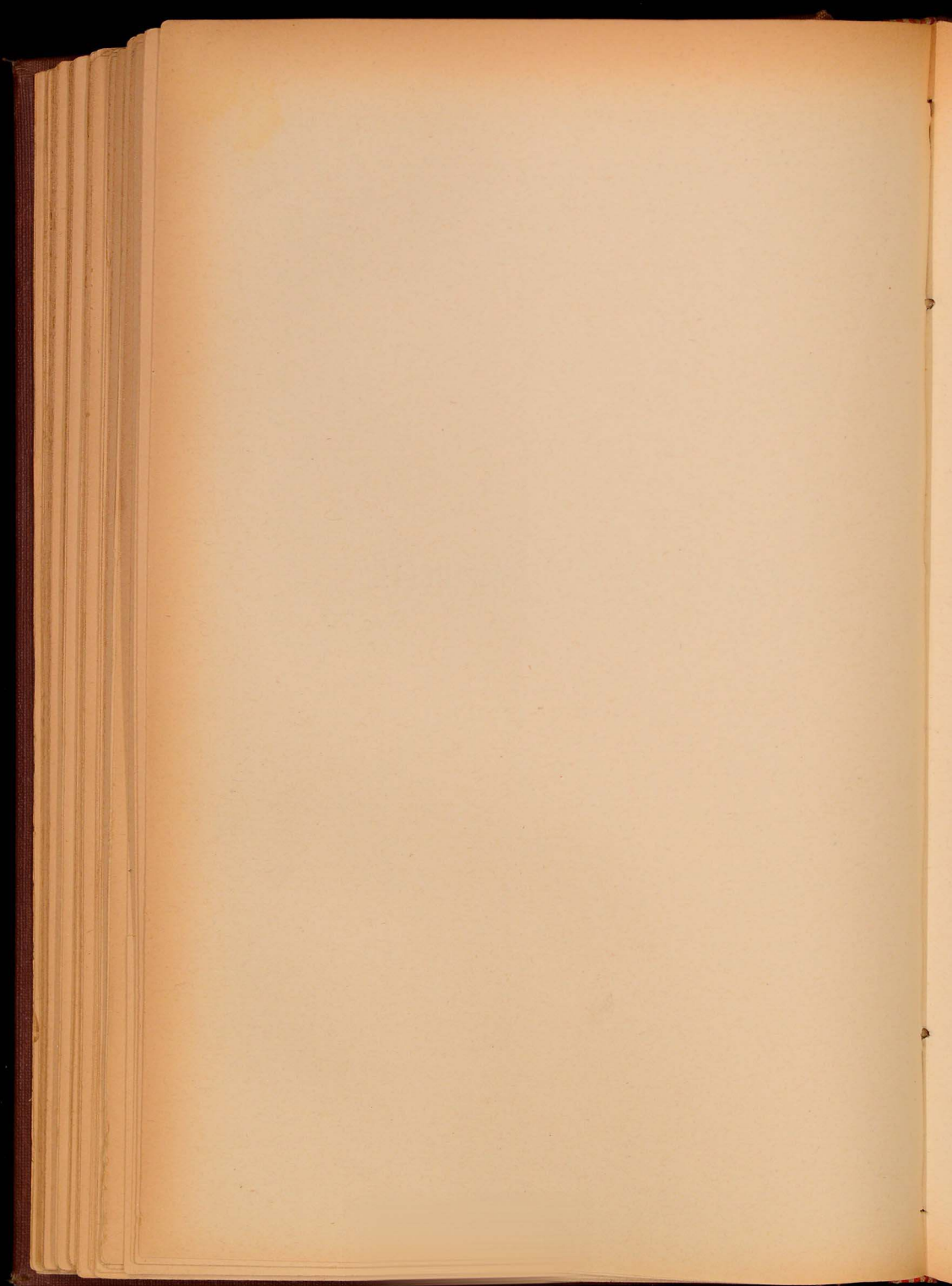
(1) Così si domanda, in materia penale, se nel regolamento di competenza per litispendenza, mancando nel codice di procedura penale una disposizione corrispondente a quella dell'art. 104 cod. proc. civ., si possano estendere per analogia le disposizioni del codice di procedura civile sul modo di regolare la competenza ove la stessa causa penda contemporaneamente davanti a più magistrati. Frequentemente poi la questione sorge per la procedura davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato: per la notificazione del ricorso; per il computo dei termini; per gli effetti che sul decorso del termine produce il ricorso ad autorità incompetente; per la notificazione per pubblici proclami; per gli effetti della notificazione quando più siano gli interessati a opporsi al ricorso ecc.

comune di tutte le Assemblee. L'estensione analogica dei principî del codice di procedura civile all'infuori del campo della giurisdizione civile ordinaria, ci sembra quindi possibilissima, sempre quando, s'intende, l'estensione analogica sia fatta entro i limiti, in cui l'analogia sussiste (1).

(1) Riguardo alla procedura davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, la soluzione adottata nel testo è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza di gran lunga prevalenti: cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, nel suo *Trattato*, III, pag. 945-946 (benchè egli ritenga, al pari di noi, che la funzione della Sezione IV non sia giurisdizionale; tuttavia rimane, anche ammesso che giurisdizionale sia, la ragione di analogia spiegata nel testo). Vedi anche CAMMEO, *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze 1900, pag. 99 e segg.; e la giurisprudenza della IV Sezione: dec. 6 luglio 1894, *Giust. amm.*, 1894, 421 (per la notificazione del ricorso); dec. 21 gennaio 1898, *Giust. amm.*, 1898, 445 (ricorso ad autorità incompetente); dec. 24 marzo 1892, *Giust. amm.*, 1892, 141; dec. 10 novembre 1893, *Giur. it.*, 1894, III, 71; dec. 8 gennaio 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; dec. 23 marzo 1901, *Giust. amm.*, 1901, 130 (citazione per pubblici proclami); dec. 8 gennaio 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; dec. 1º luglio 1898, *Giust. amm.*, 1898, 369 (notificazione in caso di pluralità di interessati ad opporsi al ricorso); dec. 5 maggio 1892, *Giust. amm.*, 1892, 299 (decorrenza del termine per il deposito), ecc.

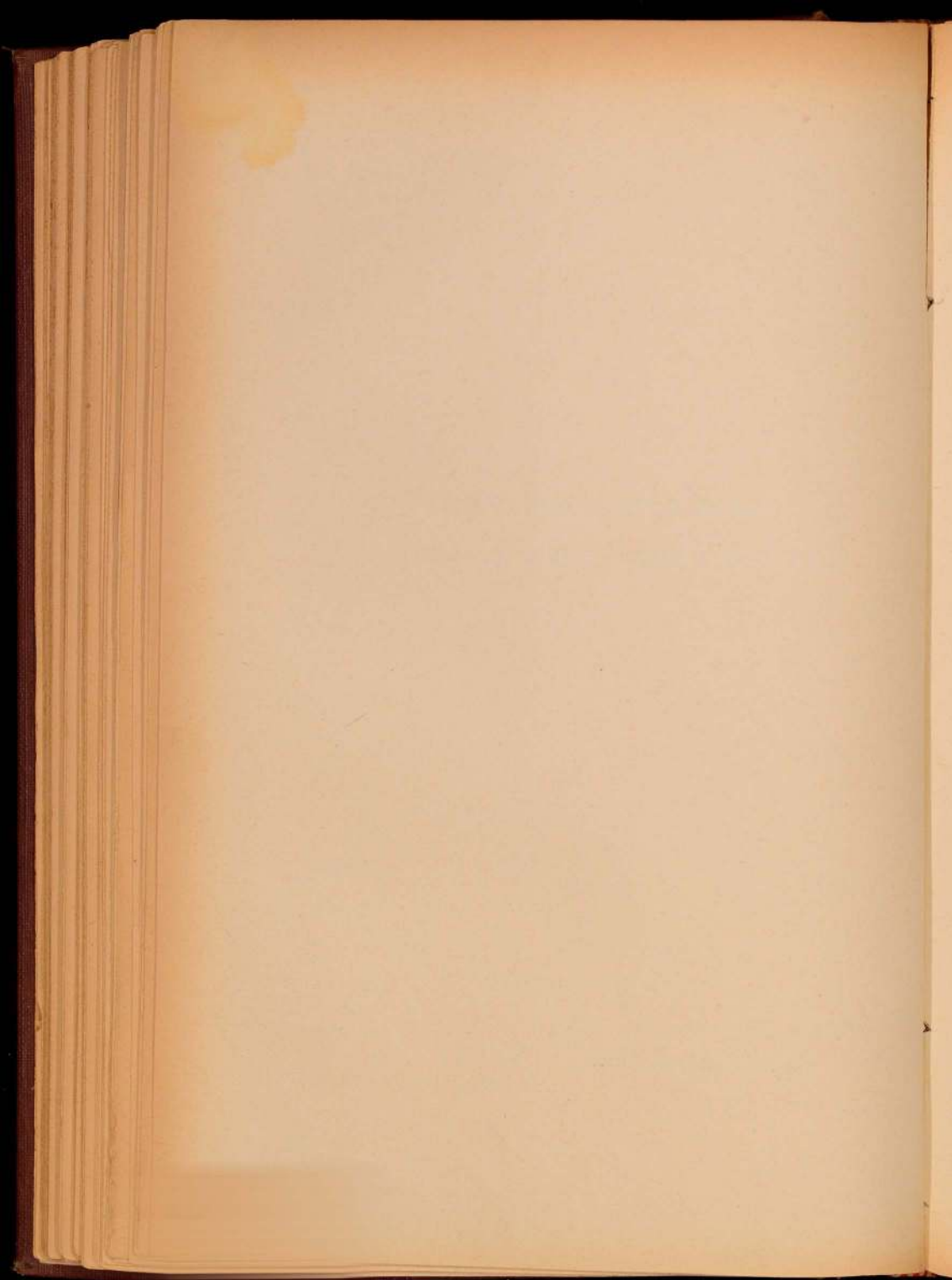
II.

SULLE SOCIETÀ COMMERCIALI



LA QUALITÀ DI COMMERCIANTE
NEI SOCI A RESPONSABILITÀ ILLIMITATA *

* *Il Diritto commerciale*, 1899.



I.

1. — In un mio scritto (1), studiando il fondamento teorico e pratico dell'art. 847 cod. comm., il quale — come è noto — stabilisce che il fallimento della società in nome collettivo ed in accomandita produce il fallimento dei soci responsabili senza limitazione, ho concluso che non senza ragione la legge ha tratto quella conseguenza dalla responsabilità *solidaria* ed *illimitata* dei soci in nome collettivo ed accomanditari. Poichè ognuno dei soci illimitatamente responsabili risponde di *tutte* le obbligazioni della società, l'attivo sociale (2) deve ritenersi composto non solo dei beni messi in comune, ma, *inoltre*, del patrimonio particolare dei soci responsabili senza limitazione: di guisa che non può esservi quella *perdita* pei creditori che è la caratteristica dello stato di fallimento (3), se non quando anche i soci siano impotenti a pagare.

Ma, studiando sotto altro aspetto la disposizione dell'articolo 847 cod. comm., mi sembra che ne potrebbe ricevere lume una importante questione, alla quale alcuni lavori recenti di un insigne commercialista italiano, in cui ad essa questione

(1) Nel *Foro italiano*, 1899, 1002 e segg. [Vedi appresso pagg. 177 e segg.].

(2) Adopero questa locuzione « attivo sociale » non già nel senso di « capitale sociale » (che sarebbe inesatto), ma nel senso di quel complesso di beni che stanno a garanzia dei creditori sociali, e che costituiscono il complesso delle risorse economiche della società.

(3) Vedi KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891, pag. 1 e 2.

sebbene incidentalmente, si accenna, hanno dato nuovo sapore di attualità. Intendo parlare della controversia intorno alla qualità di commercianti dei soci a responsabilità illimitata.

L'opinione tradizionale — come è noto — ritiene commercianti i soci illimitatamente responsabili di una società commerciale, all'infuori di qualunque esercizio di atti di commercio in nome proprio (1). Ma contro questa dottrina si è venuta facendo strada di recente l'opinione che il socio in nome collettivo ed accomanditario, per questa sola qualità di socio, non sia commerciante, o almeno, non lo sia in via assoluta, ma solo limitatamente agli affari sociali (2).

2. — Quanto alla giurisprudenza, essa non ha che pochi e poco espliciti giudicati. Di questi uno solo ha assunto la soluzione della questione in esame come motivo fondamentale del decidere ed ha concluso appunto che il socio a responsabilità illimitata, il quale non esercita un commercio suo proprio, non è commerciante se non nei limiti della impresa

(1) Vedi VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 4^a edizione, I, n. 132; OTTOLENGHI, *Il Codice di commercio commentato*, I, pag. 225; CASTAGNOLA, nel *Commento* di Torino, n. 188; BOLAFFIO, nel *Commento* di Verona, n. 112; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris 1889-98, I, n. 204 bis; BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris 1890, n. 201; THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1898, n. 241; GOLDSCHMIDT, *Handbuch der Handelsrechte*, 2^a ediz., Erlangen 1874, § 43, pag. 469; GAREIS e FUCHSBERGER, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin 1891, sull'art. 4 n. 9; ANSCHÜTZ und VON VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, I, pag. 47; CANSTEIN, nella *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XX, pag. 84 e seg.; ed ancora ultimamente MANARA, nella *Giurisprudenza italiana*, 1896, II, pag. 183 e seg.; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 141 e seg.; BOLAFFIO, nella *Temi Veneta*, 1896, 401.

(2) VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino 1893-99, I, n. 70; LUCIANI, *Trattato del fallimento*, Roma 1898, n. 107, nota; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, § 25, pag. 105; von HAHN, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 4^a ediz., Braunschweig 1894, § 5; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6^a ediz., Berlin 1899, pag. 41, annotazione 8; ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, §§ 13 e 35; BONELLI, *Appunti sul fallimento delle società commerciali*, Estr. dalla Riv. it. per le scienze giur., Torino 1897, pag. 23.

sociale. « Onde non pare — dice la sentenza, di cui si tratta — si proceda a fil di logica, quando vuolsi che quella qualità sia come un marchio, che il rende responsabile, a forma del codice di commercio, di tutte le operazioni della sua vita, come se fossero fatte per un commercio suo speciale » (1).

Le altre sentenze che si occuparono direttamente della condizione giuridica del socio illimitatamente responsabile non esercitante il commercio per conto proprio, sono senza importanza, perchè decisero all'infuori affatto della controversia che ci preoccupa. Così la Corte d'appello di Torino, nella sentenza 21 agosto 1895 (2), afferma bensì, senza dimostrarlo, che il socio di una società in nome collettivo è commerciante, ma finisce per non volerne dichiarare il fallimento in seguito a mancato pagamento di obbligazioni cambiarie, dichiarando mancare l'estremo della cessazione dei pagamenti per *obbligazioni commerciali*. Con che essa non solo dimenticava, che per l'articolo 3 cod. comm. la cambiale è atto di commercio obiettivo, ma giungeva persino, per sottrarsi alla presunzione di commercialità la quale per l'art. 4 accompagna tutte le obbligazioni dei commercianti, a dichiarare che *in quel caso*, le obbligazioni dipendenti dalle cambiali erano di natura *essenzialmente civile*! Ed in tal modo, per giungere ad una decisione intrinsecamente giusta, la quale avrebbe trovato un logico fondamento nella dottrina che nega la qualità di commercianti ai soci a responsabilità illimitata non esercitanti un commercio proprio, quella sentenza ricorre a teorie in contraddizione evidente colle disposizioni positive della legge.

Anche la Corte d'appello di Genova, nella sentenza 22 febbraio 1896 (3), si occupa della nostra questione. Nella fattispecie giudicata dalla Corte era stato dichiarato il fallimento del socio gestore di una società irregolare. La Corte estese il fallimento anche agli altri soci. Ma ciò si spiega, anche senza af-

(1) Cass. Napoli 7 marzo 1889, *Foro italiano*, 1889, I, 678 e seg.

(2) *Giurisp. italiana*, 1896, II, 183.

(3) *Giurisp. italiana*, 1896, II, 342.

fermare la qualità di commercianti dei soci, che non esercitano un commercio proprio. Qui si trattava di società irregolari e trovava perciò applicazione l'art. 99 cod. comm., per cui i soci potevano giustamente essere considerati come commercianti in nome proprio (1).

II.

3. — Non v'ha dubbio, mi pare, che la dottrina, venutasi di recente formando, la quale nega ai soci a responsabilità illimitata, *come tali*, la qualità di commercianti, abbia un fondamento solidissimo così nei principj della legge, quanto, e più, nella realtà e nella necessità pratica. La personalità giuridica delle società, la quale — malgrado recenti ed autorevoli obiezioni (2) — è tuttavia ammessa dalla dottrina dominante in Italia e in Francia, dovrebbe bastare ad escludere la qualità di commercianti nei soci, anche a responsabilità illimitata. Ma anche a prescindere dalla personalità giuridica, la legge positiva, mi pare, risolve testualmente la questione, stabilendo, prima, all'art. 8 cod. comm., che « sono commercianti

(1) Un caso analogo è quello presentatosi al Tribunale di Napoli (v. sentenza 28 dicembre 1896, *Movimento giuridico*, 1896, 598), il quale decise che « i terzi hanno diritto di far reputare i membri di una società in nome collettivo irregolarmente esistente, come commercianti in nome proprio, e quindi possono farne dichiarare lo individuale fallimento, anche in virtù di obbligazioni particolari di essi ». Questa conseguenza si giustifica tanto con la teoria che ritiene le società irregolari esistenti come contratti di fronte a tutti, inesistenti come persone giuridiche, pure di fronte a tutti (sulla quale v. BONELLI, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, estratto dall'*Archivio giuridico*, 1897, pag. 17, e il mio lavoro: *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, Torino 1898, n. 62 e seg.), come con la teoria che deriva dall'art. 99 cod. comm. un diritto dei terzi di ritenere la società irregolare, a loro piacimento, come esistente o come inesistente (v. da ultimo MANARA, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento* nella *Giurispr. it.*, 1898, IV, 1 e seg.).

(2) Vedi MANARA, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento. Studio intorno la così detta personalità giuridica delle società commerciali* nella *Giurispr. it.*, 1898, IV, 1 e seg.; *Natura e caratteri della responsabilità del socio nelle società commerciali*, nella *Giurispr. it.*, 1899, I, II, 76 e seg.

coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali», e poi, all'articolo 77 ult. capov., che le società commerciali «costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci». Ciò che vuol dire evidentemente, che non i soci, ma la società da essi distinta, è commerciante (1). Ma la qualità di commerciante deve ai soci, anche illimitatamente responsabili, negarsi principalmente perchè ad essi mancano tutti i requisiti della qualità di commer-

(1) L'art. 8 cod. comm. — sia detto per incidenza — mi sembra che costituisca una vera *prova della personalità giuridica delle società commerciali*, specie quando lo si raffronti coll'art. 77 stesso codice. L'art. 8, la cui importanza per la questione della personalità giuridica mi sembra non sia stata rilevata finora, distingue nettamente due specie di commercianti: gli individui che pongono in essere atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali. Se, come vuole il MANARA, l'ente collettivo non fosse un ente diverso dai soci, ma fosse l'«insieme dei soci» (v. MANARA, *Delle società di commercio*, ecc., numeri 10 e 13, pag. 47 e 53 dell'estratto), perchè il legislatore avrebbe detto che è commerciante la società? Perchè avrebbe fatto delle società commerciali una categoria a parte di commercianti? Se questo «insieme di soci» non fosse qualche cosa di diverso dai «singoli soci», con qual criterio avrebbe la legge dato la qualità di commercianti all'insieme, e non ai soci? E che appunto all'insieme, e non ai singoli abbia attribuito questa qualità dicendo che sono commercianti le società commerciali, lo dimostra l'art. 77 ult. capov., dove si avverte espressamente che la società si distingue dai singoli soci. E, concesso pure che per le società in nome collettivo dicendo che sono commercianti «le società commerciali», la legge abbia voluto intendere che sono commercianti i soci di essa, resterebbe tuttavia inesplicabile a chi abbia attribuito la legge la qualità di commercianti nelle società in accomandita e nelle anonime. Nelle anonime in ispecie, poichè anche dal prof. MANARA si ammette che i soci a responsabilità limitata non sono commercianti, nessuno dei soci sarebbe commerciante. Ma chi sarebbe allora il commerciante? Mi si risponderà: l'insieme dei soci. Ma se l'insieme dei soci è commerciante, mentre non lo sono i singoli soci, ciò vuol dire che l'insieme ha dei diritti che non sono i diritti dei singoli, cioè è un *subietto di diritti diverso dai singoli*: è, in poche parole, una *persona giuridica*. Con ciò respingo risolutamente l'opinione (la quale credo neppure il MANARA accetterebbe) recentemente formulata in modo, realmente, alquanto dubitativo, dal BONELLI, per cui, negandosi la personalità giuridica alle anonime, si dovrebbero dichiarare commercianti i gestori del suo patrimonio. Questa opinione urta direttamente contro il principio, certo in diritto positivo, che la qualità di commerciante richiede l'esercizio di atti di commercio in nome proprio. (V. BONELLI, *Le società cooperative e il Codice di commercio nel Diritto comm.*, 1899, 716).

ciante, sempre, s'intende, qualora non esercitino un commercio proprio.

4. — Manca, anzitutto, ad essi, *l'esercizio professionale di atti di commercio*. Concesso pure che gli atti fatti dalla società debbono considerarsi come fatti dai soci, occorre ricordare che il carattere commerciale alle società, non è, nel nostro diritto positivo, impresso, come pei commercianti individui, dall'*effettivo* esercizio di atti di commercio obiettivi. Lo dice l'articolo 76 princ. codice di comm.: società commerciali sono quelle che hanno *per oggetto uno o più atti di commercio*. E perciò ottimamente il prof. Manara definiva di recente la società « un contratto, col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, *al fine* di dividere il guadagno che ne potrà derivare mercè l'esercizio di uno o più atti di commercio » (1).

Basta dunque lo *scopo* di conseguire un guadagno mediante l'esercizio di uno o più atti di commercio per dare alla società il carattere di commerciale (2), prima anche che un solo atto di commercio sia posto in essere per raggiungere quello scopo (3). Invece per il commerciante individuo non basta la *volontà di esercitare il commercio*, occorre il suo *esercizio effettivo*: come dice benissimo il Vivante « non si diviene commerciante che per una sola via: coll'esercizio professionale di atti obiettivi di commercio » (4). Il prender interesse ad una società commerciale, se costituisce atto di commercio (art. 3

(1) MANARA, *Le società cooperative nel vigente codice di commercio italiano*, Torino 1899 (estratto dalla *Giurispr. it.*, vol. LI, n. 2, pag. 6).

(2) Lo dice molto esattamente il SUPINO, *Istituzioni di diritto commerciale*, 6^a edizione riveduta, Firenze 1898, n. 141, pag. 123: « è dunque dallo scopo che si desume il carattere civile o commerciale di una società ». Ciò risulta anche dalla definizione del VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1893-99, I, n. 273: « Le società commerciali sono persone giuridiche costituite mediante contratto allo scopo di speculare col patrimonio conferito esercitando atti di commercio ». Vedi anche il citato mio scritto *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, n. 2, pag. 4.

(3) Vedi SUPINO, *Istituzioni*, n. 27, pag. 27.

(4) VIVANTE, *op. cit.*, n. 71 sub C ed autori ivi citati alla nota 10.

n. 5) non è, per ciò solo, un esercizio professionale del commercio.

Manca, inoltre, ai soci illimitatamente responsabili, *come tali*, l'esercizio *in nome proprio*, di atti di commercio, altro estremo essenziale della qualità di commerciante. Il commercio sociale è esercitato in nome della società, e non in nome dei singoli soci: le obbligazioni della società sono assunte sotto la *firma sociale* (art. 106 e 116 cod. comm.) e non in nome dei singoli soci. Ora è vero che della ragione sociale, per precetto legislativo (art. 105 e 114), *possono* far parte solo i nomi dei soci illimitatamente responsabili e le loro ditte. Ma la legge non dice che i nomi di questi soci *debbano* necessariamente farne parte. «Non essendo — spiega benissimo il Vivante — nel codice alcuna regola tassativa sulla forma della ragione sociale, può ritenersi per tale qualsiasi nome adottato per designare una società in nome collettivo, perchè il nome piglia significato e carattere dalla esistenza della società» (1).

È quindi inesatta l'osservazione dello Staub che nelle società in nome collettivo gli affari sociali sono conclusi in nome di tutti i soci, come è inesatta — almeno nel nostro diritto — la ragione che egli ne dà «che la firma sociale è il nome commerciale di tutti i soci» (2). Non è lecito infatti al commerciante esercitare il commercio mediante un pseudonimo o mediante una ditta che non corrisponda al suo stato civile, salvo il caso che la ditta gli sia derivata mediante successione ereditaria. Il suo nome commerciale — all'infuori di questa eccezione concordemente riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza — non può essere che il suo nome quale risulta dagli atti dello stato civile: ma a nessuno è permesso esercitare il commercio — come sarebbe permesso invece alle

(1) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 323 ed autori ivi citati.

(2) STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin 1899, 6^a ediz., pag. 41, annotazione 5.

società in nome collettivo ed in accomandita (1) — sotto una ditta che designi l'oggetto dell'industria esercitata (2).

Contro questo ragionamento non suppongo neppure mi si possa, da parte di chi nega la personalità giuridica delle società commerciali, opporre che il legislatore, affermando all'art. 8 cod. comm. essere commerciante chi esercita atti di commercio per professione abituale e *le società commerciali*, abbia voluto dichiarare commercianti i *soci di società commerciali*, come tali, all'infuori di qualunque esercizio professionale di atti di commercio obiettivi. Una tale interpretazione dell'art. 8 condurrebbe all'enorme conseguenza di ritenere commercianti i soci quotisti ed azionisti di una società anonima ed in accomandita per azioni. E perciò non mi fermo neppure a confutarla.

5. — Anche dal punto di vista pratico la dottrina che nega la qualità di commercianti ai soci illimitatamente responsabili, come tali, è sorretta da gravissimi argomenti. Basta osservare quale offesa alla realtà e quale ingiustizia si commetterebbe, ove si considerasse come commerciante il socio che si limita a porre in società i propri capitali, lasciando al socio d'industria la gestione della società. E la pratica ci addimosttra come questo caso sia frequentissimo (3). Basta notare come

(1) Vedi VIVANTE, *op. cit.*, I, n. 323, e gli autori e la giurisprudenza citata nella nota 79.

(2) Vedi VIVANTE, *op. cit.*, I, n. 101, 102, 105 e 106. Questa regola vale anche per il diritto germanico come dichiara il § 18 del nuovo codice (che riproduce sostanzialmente l'art. 16 del codice passato): « Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen ». Non sarebbe quindi permesso di formarsi una ditta a proprio piacere, vedi il BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, § 40, pag. 254; lo STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, pag. 119, annotazione 10. È solo permesso in Germania conservare la ditta dell'azienda che si acquisti per atto tra vivi o *mortis causa* (§ 22).

(3) Nelle ricerche da me fatte nella cancelleria del Tribunale di Roma ho trovato anzi che, di regola, gli atti costitutivi delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, derogando agli articoli 107 cod. comm. e 1723 nu-

in tal modo si imprimerebbe a tutti gli atti giuridici di questo socio una presunzione di commercialità (art. 4) che, invece di basarsi sopra una *probabilità* come tutte le presunzioni, contraddirebbe alla realtà e si muterebbe perciò in una *finzione*. Basta ricordare che in tal modo gli si imporrebbero obblighi e gli si concederebbero diritti, come la tenuta dei libri (art. 21 e 22), l'obbligo di eseguire i mandati non immediatamente rifiutati (art. 351), la facoltà di trar prova a suo favore dai libri regolarmente tenuti (art. 48), tutti evidentemente ingiusti e senza scopo o fondamento (1).

III.

6. — Malgrado ciò, non si può negare la grande importanza che ha per la nostra questione l'art. 847 cod. comm.,

mero 1 cod. civ., affidano ad uno o al più a due soci illimitatamente responsabili la firma sociale, restando gli altri soci, anche a responsabilità illimitata, esclusi dall'amministrazione. Spesso la clausola che affida ad uno solo dei soci la firma sociale è rafforzata da disposizioni di questo genere: « qualunque altra firma fatta circolare in commercio sotto la ragion sociale dagli altri soci non è valida ». In questo senso si potrebbero citare una infinità di atti costitutivi: mi limiterò a ricordarne solo alcuni del triennio 1897-99: v. contratto 31 dicembre 1897, *Cancell. del Trib. di Roma* registro società 1898, n. 8, registro trascrizioni, n. 23; contr. 3 novembre 1897, reg. soc. 1897, n. 85, reg. trascr. n. 417; contr. 17 dicembre 1897, reg. soc. n. 90, reg. trascr. n. 431; contr. 24 marzo 1898, reg. soc. 1898, n. 31, reg. trascr. n. 139-254; contr. 15 marzo 1898, reg. soc. n. 26, reg. trascr. n. 120; contr. 29 gennaio 1898, reg. soc. n. 15, reg. trascr. n. 52; contr. 20 gennaio 1898, reg. soc. n. 14, reg. trascr. n. 44; contr. 7 dicembre 1898, reg. soc. 1899, n. 1, reg. trascr. n. 6; contr. 1 gennaio 1899, reg. soc. n. 3, reg. trascr. n. 29, 82, 228; contr. 31 gennaio 1899, reg. soc. n. 9, reg. trascr. n. 75; contr. 1 febbraio 1899, reg. soc. n. 14, reg. trascr. n. 101; contr. 27 febbraio 1899, reg. soc. n. 16, reg. trascr. n. 108; contr. 1 aprile 1899, reg. soc. n. 21, reg. trascr. n. 144; contr. 9 maggio 1899, reg. soc. n. 34, reg. trascr. n. 257; contr. 1 settembre 1899, reg. soc. n. 59, reg. trascr. n. 146; contr. 19 aprile 1899, reg. soc. n. 24, reg. trascr. n. 24; contr. 18 febbraio 1899, reg. soc. n. 27, reg. trascr. n. 230; contr. 30 marzo 1899, reg. soc. n. 28, reg. trascr. n. 240; contr. 15 marzo 1899, reg. soc. n. 20, reg. trascr. n. 134. — Non è raro neppure il caso in cui l'amministrazione è affidata ad un estraneo, per es. al figlio di un socio. Vedi VIVANTE, *Trattato*, I, n. 314, pag. 360.

(1) Vedi la efficace dimostrazione del VIVANTE, *op. cit.*, I, n. 70.

sul quale si appoggia principalmente la dottrina che attribuisce il carattere di commerciante ai soci illimitatamente responsabili, e che ha indotto molti dei fautori della opinione che la respinge, a riconoscerla soltanto rispetto agli affari sociali. L'art. 847 infatti, non solo dichiara possibile il fallimento del socio responsabile senza limitazione, ma inoltre vuole che esso segua inesorabilmente il fallimento della società. Ora, poichè l'articolo 683 restringe l'istituto del fallimento ai soli commercianti, se ne arguisce che il socio in nome collettivo e l'accomandatario sono commercianti.

Ora a me sembra che l'art. 847 non conduca inesorabilmente a questa conseguenza. Per me l'art. 847 non è già una *speciale applicazione* dell'art. 683 cod. comm.: esso invece, assieme all'art. 690, *costituisce una vera eccezione alla regola generale accolta dalla nostra legislazione per cui il fallimento è istituto proprio dei commercianti.*

7. — Che, in linea di principio, non vi sia alcuna difficoltà a riconoscere nell'art. 847 un vero caso di fallimento di un non commerciante non ho bisogno di dimostrare. Nella maggior parte delle legislazioni, il fallimento è istituito comune ai commercianti e ai non commercianti, ed anche in Italia una tale riforma, dopo essere stata agitata durante i lavori preparatori del codice, viene da varie parti ed autorevolmente, invocata (1). Neppure nel nostro diritto positivo è una novità

(1) Vedi le numerose legislazioni straniere citate dai signori LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris 1889-99, vol. VII, n. 39. In Italia si pronunciarono per l'estensione del fallimento ai non commercianti, il VIDARI, fin dalla 1^a ediz. del suo *Corso di diritto commerciale*, di cui ora vedi la 4^a ediz., Milano 1893-98, vol. VIII, n. 7392, pag. 108; il CEZZERI, nel *Codice di commercio italiano commentato*, Verona 1893-98, volume VII, n. 11; il PENNATI, *Il fallimento dei non commercianti*, nella *Rassegna di diritto commerciale*, 1886, 153; il SACERDOTI, voce *Fallimento*, nella *Enc. giuridica*, n. 54, pag. 102; il BOLAFFIO, *La legge sui concorsi germanica e la legislazione pratica sui fallimenti*, estr. dal *Manuale di legislazione universale* del FIORETTI, Napoli 1885, pag. 5 e seg.; il SORANI, *Del fallimento*, Roma 1896, Introduzione, pag. LXVI e seg.; il VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, 3^a ediz., Milano 1898, pag. 316; il LUCIANI, *Del fallimento*, 2^a ediz., Roma 1898, n. 110 e seg.; i due relatori sul

il caso di fallimento di un non commerciante. L'art. 690 codice di commercio permette di dichiarare il fallimento del commerciante ritirato dal commercio, vale a dire di chi, non facendo più professionalmente atti di commercio obiettivi, non può più ritenersi commerciante.

Nessuna difficoltà quindi a considerare l'art. 847 come una eccezione all'art. 683, cioè come un caso di fallimento di un non commerciante. Ora se così è, poichè d'altro canto il negare la qualità di commerciante al socio anche illimitatamente responsabile, ci si presenta — già lo vedemmo — come una necessità teorica e pratica, noi possiamo tranquillamente concludere che il *socio a responsabilità illimitata non è commerciante, in modo assoluto, nè riguardo ai soli affari sociali.*

8. — Ho detto che neppure riguardo ai soli affari sociali il socio in nome collettivo ed accomandatario si può — come tale — affermare commerciante. Ciò mi sembra evidente per le seguenti ragioni, che quasi tutte risultano chiarissime da ciò che siamo venuti finora dicendo.

a) Anzitutto la qualità di commerciante è una qualità che, di sua natura, investe tutta l'attività giuridica di un individuo. L'esercizio professionale di atti di commercio obiettivi si distingue appunto dal compimento di uno o anche più

tema del fallimento al Congresso giuridico di Napoli del 1897, SERAFINO e BIONDI, nelle *Relazioni della sezione di diritto commerciale*, Napoli 1897, pag. 171 e 191 (il Congresso non accettò le conclusioni delle due relazioni specialmente per il modo inesatto con cui era stata posta la questione); il LONGHI, *La bancarotta*, Milano 1898, pag. 363; il SUPINO, *Ist. di dir. comm.*, 6^a edizione, 1898, n. 536; il FOÀ, *La insolvenza del non commerciante*, *Monitore dei Tribunali*, anno 1898, n. 5. In Francia il MONTLUC, nella *Revue de droit international et de législation comparée*, 1869, 569 e seg.; il THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris 1887, pag. 175 e seg., n. 27 e seg.; e nel *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1898, n. 1460; il GARRAUD, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation en cette matière est susceptible*, Paris 1880, pag. 255 e seg.; e nel *Journal des Faillites*, 1882, pag. 149 e seg.; il PIC, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Paris 1887, pag. 9 e seg. Anche il KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891, pag. 74, si è pronunciato per l'unicità della procedura commerciale.

atti di commercio isolati, in quanto esso imprime a chi lo pone in essere un carattere particolare, gli crea una qualità speciale, quella di commerciante, la quale si ripercuote su tutta la sua attività giuridica. Mentre l'atto di commercio singolo non dà luogo che a *transitori* effetti di diritto commerciale, una serie professionale di atti di commercio produce conseguenze *permanenti*, perchè colorisce tutti gli atti della vita giuridica di chi li compie. È perciò che una qualità di commerciante *limitata*, è una vera *contradictio in adiecto*. Si possono fare contemporaneamente e promiscuamente atti di commercio ed atti di natura civile, ma non si può essere ad un tempo commerciante e non commerciante.

b) È certo che — almeno nel diritto italiano — l'opinione che ammette la qualità di commerciante del socio a responsabilità illimitata *ristretta* agli *affari sociali*, ha la sua ragione d'essere soltanto nella possibilità che il socio in nome collettivo ed accomandatario cada in fallimento per il fallimento della società, mentre d'altro lato si afferma energicamente che altri effetti della qualità egli non risente per la sua condizione di socio, e sarebbe dannoso se risentisse (1). Ma poichè la possibilità di cadere in fallimento non è la caratteristica della qualità di commerciante potendosi benissimo immaginare, anche nel nostro diritto positivo, un caso di fallimento di un non commerciante, viene meno la ragione di qualificare commerciante, pei soli affari sociali, il socio a responsabilità illimitata appunto a cagione del fallimento.

c) Neppure riguardo agli affari sociali si può dire vi sia esercizio del commercio in nome dei soci. La ditta sociale non è il nome dei soci, i quali non potrebbero esercitare il commercio sotto un nome scelto a loro piacimento. Essa è il

(1) Vedi VIVANTE, *Trattato*, I, n. 70: «I motivi della legge debbono indicarci anche i limiti della sua applicazione. L'istituto del fallimento fu esteso ai soci responsabili illimitatamente per rafforzare il credito sociale; fuori dei rapporti sociali, egli deve valere per quello che è, e deve considerarsi come commerciante solo quando esercita professionalmente il commercio».

nome della società, la quale, come avverte l'art. 77 ult. capov., è un ente collettivo *distinto dalle persone dei soci*.

IV.

9. — Gli argomenti, sui quali si fonda la opinione, che nega ai soci responsabili senza limitazione la qualità di commercianti, desunti dalle disposizioni della legge, dai principî di essa e dalle necessità della pratica resteranno, io credo, rafforzati da un breve esame critico delle ragioni addotte dai fautori della opinione contraria. Le quali ragioni non sono già adottate da tutti i sostenitori di quella dottrina; ma — come vedremo — sono in parte ripudiate anche da chi ammette la qualità di commerciante nei soci illimitatamente responsabili.

10. — Ciò premesso, incominciamo il nostro esame dallo argomento che chiamerò *esegetico*.

Questo — come già abbiamo accennato — si riduce tutto a un raffronto tra l'art. 683 e l'art. 847 cod. comm., e può formularsi nei termini seguenti. Il socio illimitatamente responsabile può fallire: ma fallibile è solo il commerciante: dunque, il socio illimitatamente responsabile è commerciante (1). Ma qualora si neghi, come noi neghiamo, la minore delle due premesse di questo sillogismo, la conseguenza deve cadere. Ora è facile negare la premessa, la quale dà per dimostrato ciò che non è tale, cioè che possa fallire soltanto il commerciante. Ciò — dicemmo — non è vero in linea di principio, perchè si può benissimo concepire il fallimento del non commerciante: non è dimostrato in linea di diritto positivo, per-

(1) Questo sillogismo sembra così concludente al prof. MANARA che egli, nel suo lavoro *Delle società di commercio irregolari* ecc. già citato [vedi *retro*, pag. 156, nota 2], pag. 59 dell'estratto, nota 148, dichiara impossibile negare la qualità di commerciante al socio illimitatamente responsabile, perchè essa risulta dalla legge costituita (art. 683 e 847). Vedi nel medesimo senso lo stesso MANARA, nella *Giurisp. it.*, 1896, II, 183 e seg. e SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 141 e 142.

chè si può partire da un concetto tutto affatto opposto, che cioè l'art. 847 costituisce una *eccezione* alla *regola* dell'art. 683 e giungere così ad una conseguenza ugualmente opposta, cioè alla conseguenza che un non commerciante (socio illimitatamente responsabile) può fallire. La possibilità di essere dichiarato in fallimento è infatti uno degli *effetti* che la qualità di commerciante, concorrendo lo stato di fallimento, produce; ma non è già un elemento *costitutivo* della qualità di commerciante (1), e meno ancora *l'elemento costitutivo unico*, nel qual caso soltanto potrebbe logicamente essere esatta l'equazione: commerciante = colui che può essere dichiarato fallito (2). La questione del carattere di commerciante nei soci responsabili senza limitazione deve farsi prescindendo affatto dal disposto dell'art. 847 (3); perchè quando sia positivamente dimostrato che tali soci non sono commercianti, l'art. 847 diventa una eccezione alla norma generale dell'art. 683, senza perciò contraddirla; anzi, appunto perchè eccezione, confermandola maggiormente.

11. — Un primo argomento d'indole logica fu esposto dal Manara in una dottissima nota, in cui veniva con nuovi argomenti ribadita l'opinione tradizionale, rimasta assai scossa dopo le critiche acute del Vivante (4). Il Manara, in questa

(1) La legge infatti all'art. 8 non fa nessun cenno della possibilità di fallire come elemento costitutivo della qualità di commerciante; ma per determinare chi è commerciante non si può assumere altri criteri all'infuori di quelli che la legge stessa ha cura di indicare.

(2) Vedi ottimamente il BONELLI, *Appunti sul fallimento delle società commerciali*, estr. dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, volume XXIII, fasc. I, Torino 1897, pag. 23.

(3) Infatti in Germania, dove il fallimento della società non produce il fallimento del socio responsabile senza limitazione (v. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891, pag. 77; WILMOWSKI, *Deutsche Reichskonkursordnung erläutert*, 5ª ediz. Berlin 1896, pag. 507; SARWEY, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich erläutert*, 3ª ed., Berlin 1896, pag. 859), la questione è disputata quanto in Italia [vedi *retro*, pag. 154, note 1 e 2]. Il che vuol dire che essa può e deve farsi, prescindendo dall'art. 847.

(4) MANARA, *Perchè i soci a responsabilità illimitata in una società commer-*

nota, non si distacca ancora dal concetto della personalità giuridica delle società commerciali, dominante in Italia e in Francia (1): egli perciò non nega che il commercio sociale sia esercitato in nome della società; soltanto aggiunge che è esercitato, *inoltre*, anche in nome dei soci illimitatamente responsabili, anzi *prevalentemente* in nome di questi, garanti senza limitazione delle obbligazioni tutte della società.

Infatti, mentre la società garantisce le obbligazioni assunte, con un capitale definito, i soci illimitatamente responsabili garantiscono le obbligazioni assunte con un capitale indefinito, coi loro beni presenti e futuri. « Se quindi si considera come commerciante l'ente società, *a fortiori* deve considerarsi come commerciante chi spende il suo nome come garante senza limitazione delle obbligazioni sociali » (2).

12. — Io non so se l'insigne professore di Genova, partendo dal concetto che i soci illimitatamente responsabili sono *garanti* senza limitazione delle obbligazioni sociali, abbia inteso di accogliere la opinione dominante, la quale ritiene che il carattere giuridico della responsabilità dei soci in nome collettivo e degli accomanditari sia quello di *confideiussori solidati* della società (3). Il dubbio proviene da ciò, che in due scritti posteriori, veramente profondi e tali da scuotere i più convinti delle opposte dottrine, l'illustre professore ha negato recisamente la personalità giuridica delle società commerciali (4) e quindi il carattere fideiussorio, che si era attribuito

ciale siano commercianti, nella *Giurisp. ital.*, 1896, II, 183. Questo argomento fu fatto proprio dal BOLAFFIO, nella *Temi Veneta*, 1896, 401; fu invece respinto dallo SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 137 e 140, nota 2.

(1) Lo spiega lo stesso MANARA, nel suo scritto posteriore: *Le società di commercio irregolari e il loro fallimento*, estratto dalla *Giurisp. it.*, 1898, pag. 59, nota 148.

(2) MANARA, *Giurisp. it.*, 1896, II, 186.

(3) Vedi gli autori citati in MANARA, *Natura e carattere della responsabilità dei soci nelle società commerciali*, *Giurisp. it.*, 1899, II, 78; nonchè nel mio lavoro: *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, Torino 1898, pag. 238.

(4) MANARA, *Le società di commercio irregolari e il loro fallimento. Studio in-*

specialmente alla responsabilità dei soci in nome collettivo e degli accomandatari (1). Inclino però a credere che egli, in quel primo scritto, abbia assunto di dimostrare come, data anche la personalità giuridica delle società commerciali, e non discusso il carattere fideiussorio della obbligazione dei soci, dalla responsabilità *illimitata* dei soci in nome collettivo e accomandatari, si possa desumere la loro diretta partecipazione al commercio sociale. Ora a me, francamente, sembra che la responsabilità illimitata sia un criterio affatto insufficiente per risolvere la questione. Qualità di commerciante non può esservi senza esercizio in nome *proprio* di atti di commercio: ora da ciò che alcuno sia responsabile *illimitatamente* delle obbligazioni nascenti da una serie di atti di commercio, non deriva che egli eserciti in nome *proprio* quegli atti di commercio. Infatti, l'essere responsabile, anche con tutto il patrimonio, dell'esatto soddisfacimento del diritto di credito nascente da uno o più negozi giuridici non vuol dire che quello o quei negozi giuridici siano costituiti *in nome* dell'illimitatamente responsabile. Come, al contrario, si può aver costituito in *proprio nome* uno o più rapporti giuridici ed essere soltanto *limitatamente* responsabili delle obbligazioni derivanti da quelli: è il caso dell'armatore, il quale esercita in proprio nome il commercio marittimo, eppure è responsabile solo fino a concorrenza della nave e del nolo (cod. comm. art. 491). È perciò in errore lo Staub quando definisce il commerciante: colui che esercita un'industria commerciale in modo da rispondere illimitatamente per le obbligazioni che ne derivano (2). Il rispondere illimitatamente non è affatto un requisito della qualità di commerciante: già vedemmo come l'armatore sia commerciante, benchè risponda solo limitatamente delle obbligazioni derivanti dall'industria marit-

torno alla così detta personalità giuridica delle società commerciali, già citato. Torino 1898 (Estr. dalla *Giurisp. it.*, 1898, IV, 1 e seg.).

(1) MANARA, *Natura e caratteri ecc.*, *Giurisp. it.*, 1899, II, 76 e seg.

(2) STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª ediz., Berlin 1899, pag. 42, annotazione 8.

tima. D'altro canto non basta affatto che la responsabilità sia illimitata per esercitare il commercio in nome proprio, ed essere perciò commerciante; occorre inoltre che sia *principale e diretta*, con che si viene a dire implicitamente che gli atti di commercio furono conclusi in nome proprio, perchè è responsabile principalmente solo colui, nel nome del quale l'atto è compiuto. Il fideiussore può rispondere e risponde *illimitatamente*, ma non già *principalmente* (1): egli non potrà mai diventar commerciante, per quanto presti abitualmente il proprio nome come garante delle altrui obbligazioni in affari di commercio. Non basta la sola *spendita generica del proprio nome* per esercitare il commercio: bisogna spenderlo *in modo principale e diretto*. Donde l'assoluta insufficienza del criterio della responsabilità illimitata per attribuire al socio la qualità di commerciante (2).

13. — Il terzo argomento implicitamente contenuto nei due ultimi scritti del prof. Manara (3), nei quali la nostra questione è incidentalmente trattata, sarebbe invece non solo influente, ma decisivo. Se infatti si neghi, come egli fa, la personalità giuridica delle società commerciali, se si affermi quindi, come egli afferma, che la responsabilità dei soci di qualunque specie nelle società commerciali è principale e non fideiussoria, diretta e non obliqua, bisogna logicamente concludere che il commercio sociale è esercitato non già in nome della società, sibbene in nome dei soci. Poichè non v'ha un subietto di diritti particolari « società » il quale possa costituire rapporti giuridici in suo nome, deve di necessità am-

(1) Ciò risulta dalla definizione della fideiussione, la quale è un contratto accessorio che presuppone una obbligazione principale (art. 1899 cod. civ.). Vedi CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino 1888-89, II, § 313, pag. 77; WINDSCHEID, *Pand.*, § 477.

(2) Questa insufficienza fu rilevata, sebbene senza dirne le ragioni, dalla Cass. Napoli, 7 marzo 1889, *Foro it.*, 1889, I, 678 e specialmente col. 681 in fine.

(3) Vedi MANARA, *Le società di commercio irregolari*, pag. 59 dell'estratto, nota 148; id., *Natura e caratteri, ecc.*, *Giurisp. it.*, 1899, II, 78 e specialmente a pag. 82 e 83.

mettersi che i singoli atti di commercio costituenti il commercio della società, siano fatti in nome dei soci. Si può comprendere perciò come, date quelle premesse, si attribuisca ai soci la qualità di commercianti (1).

Ma la gravità delle conseguenze dovrebbe, mi pare, indurre a dubitare delle premesse, o, almeno, a non servirsi di esse per affermare la qualità di commercianti nei soci a responsabilità illimitata. L'art. 77 infatti del codice di commercio dichiara che le società commerciali tutte, in nome collettivo, in accomandita ed anonime, costituiscono enti collettivi distinti dalle persone dei soci: esso ha accomunato la sorte di tutte e tre le specie di società, la condizione giuridica delle quali è unica: e perciò, negando la personalità giuridica alle società commerciali, ciò deve farsi non soltanto rispetto alle società in nome collettivo ed in accomandita, ma anche rispetto alle società anonime. La responsabilità dei soci deve qualificarsi come una responsabilità principale e diretta non solo rispetto ai soci illimitatamente responsabili, ma anche rispetto ai soci a responsabilità limitata (2). Da queste premesse deve concludersi che *non soltanto i soci a responsabilità illimitata, sibbene anche quelli a responsabilità limitata, sono commercianti*. Mancando la persona giuridica «società», nelle società in accomandita il commercio è esercitato in nome dei soci, tanto accomandatari che accomandanti: e nelle società anonime, in nome dei soci quotisti e azionisti.

Adunque, anche gli accomandanti, anche i soci quotisti ed azionisti, i quali esercitano in nome proprio abitualmente atti di commercio obiettivo, debbono considerarsi come commercianti. Anche essi saranno obbligati a tenere i libri di commercio; sopra di essi potranno liberamente trarsi assegni ban-

(1) Resterebbero però sempre varie difficoltà, anche in questo caso, per ammettere che il commercio sociale è esercitato in nome dei soci, e più ancora che basti il far parte di una società commerciale, sia pure a responsabilità illimitata, per divenir commerciante. Vedi quanto dicemmo al n. 4.

(2) Ciò che fa appunto, con molta coerenza, il MANARA, *Natura e caratteri*, col. 77 e seg., 85 e seg.

cari (art. 339); ogni loro atto sarà coperto dalla presunzione di commercialità; i loro libri faranno prova anche a loro favore; mancando ai loro impegni, essi potranno essere dichiarati in fallimento e puniti come bancarottieri (art. 683, 855 e 856).

Ora non è chi non veda quanto sarebbero enormi queste conseguenze: quanto dall'ammissione di questi principii resterebbero deformati i caratteri essenziali delle società in accomandita ed anonime ed alterata la loro funzione economica. L'argomentare la qualità di commerciante dalla mancanza di personalità e perciò della responsabilità personale e diretta non offre difficoltà in Germania, dove è generalmente riconosciuta la personalità giuridica alle sole società anonime (1) e non anche alle società in nome collettivo ed in accomandita (2). Ma in Italia, non lo si dimentichi, negando la personalità giuridica alle società bisogna negarla a tutte senza distinzione, bisogna qualificare come principale e diretta la responsabilità di tutti i soci, anche limitatamente responsabili. Si vede adunque come non possa assolutamente avere autorità in Italia la dottrina tedesca che, basandosi sulla mancanza di personalità giuridica nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, ne fa discendere la qualità di

(1) Vedi così il RENAUD, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Leipzig 1875, pag. 133 e seg.; il PLATNER, *Rechtscharakter der Aktiengesellschaft* nei GRUCHOT's, *Beiträge*, vol. XXI, pag. 149 e seg.; il DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, 3^a ediz., III, Halle 1882, pag. 657; il BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, pag. 698 sub III; il LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, nella GOLDSCHMIDT's *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, volumi XXX e XXXI, pag. 469-532, 1-62; il GOLDSCHMIDT, *System des Handelsrechts in Grundriss*, Stuttgart 1892, § 42, pag. 129 e seg.; il COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^a ed., Stuttgart 1898, pag. 599; il VON HAHN, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 4^a ediz., Braunschweig 1894, § I sull'art. 213; il RING, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften*, Berlin 1892-93, pag. 148; lo STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6^a e 7^a ediz. Berlin 1899, pag. 633, sul § 210 del nuovo codice, annotazione 1. Contro il solo THÖL, *Handelsrecht*, I, § 120 e 150.

(2) Vedi la completa bibliografia tedesca citata dal MANARA, *Le società di commercio irregolari*, pag. 21 e 22 dell'estratto, e le note 46-63.

commerciante nel socio illimitatamente responsabile (1). Nè può opporsi che, in Italia, basta la disposizione dell'art. 847 per attribuire, data la mancanza di personalità giuridica, la qualità di commercianti ai soli soci responsabili senza limitazione, e non già anche ai soci limitatamente responsabili. Lo art. 847 contiene, è vero, una disposizione tutta speciale che — come abbiamo detto — è una giustificabile conseguenza della responsabilità dei soci in nome collettivo ed accomandatari: ma la disposizione speciale consente soltanto in ciò che lo *stato di fallimento della società* si ritiene indissolubilmente unito allo *stato di fallimento del socio responsabile senza limitazione*, nel senso che non si può dar quello, senza che anche questa sussista (2). Ora, poichè — come pure vedemmo — la possibilità di essere giudizialmente dichiarato in fallimento non è la caratteristica della qualità di commerciante, ma lo è, invece, l'esercizio professionale di atti di commercio *in nome proprio*, se si ammette che l'esercizio del commercio sociale è fatto anche in nome dei soci a responsabilità limitata, dovrà concludersi che anch'essi sono commercianti. La unica portata speciale dell'art. 847 sarà quella che il fallimento della società produrrà il fallimento dei soli soci illimitatamente responsabili, non anche dei soci a responsabilità limitata, dei quali dovrà dimostrarsi la cessazione dei pagamenti e lo stato di fallimento individuali. Ma anche senza la gravissima sanzione dell'art. 847 la qualità di commerciante dei soci a responsabilità limitata contrasta talmente colla realtà, lede tali e tanti legittimi interessi da doverci, credo, far senz'altro ritrarre dalla tesi.

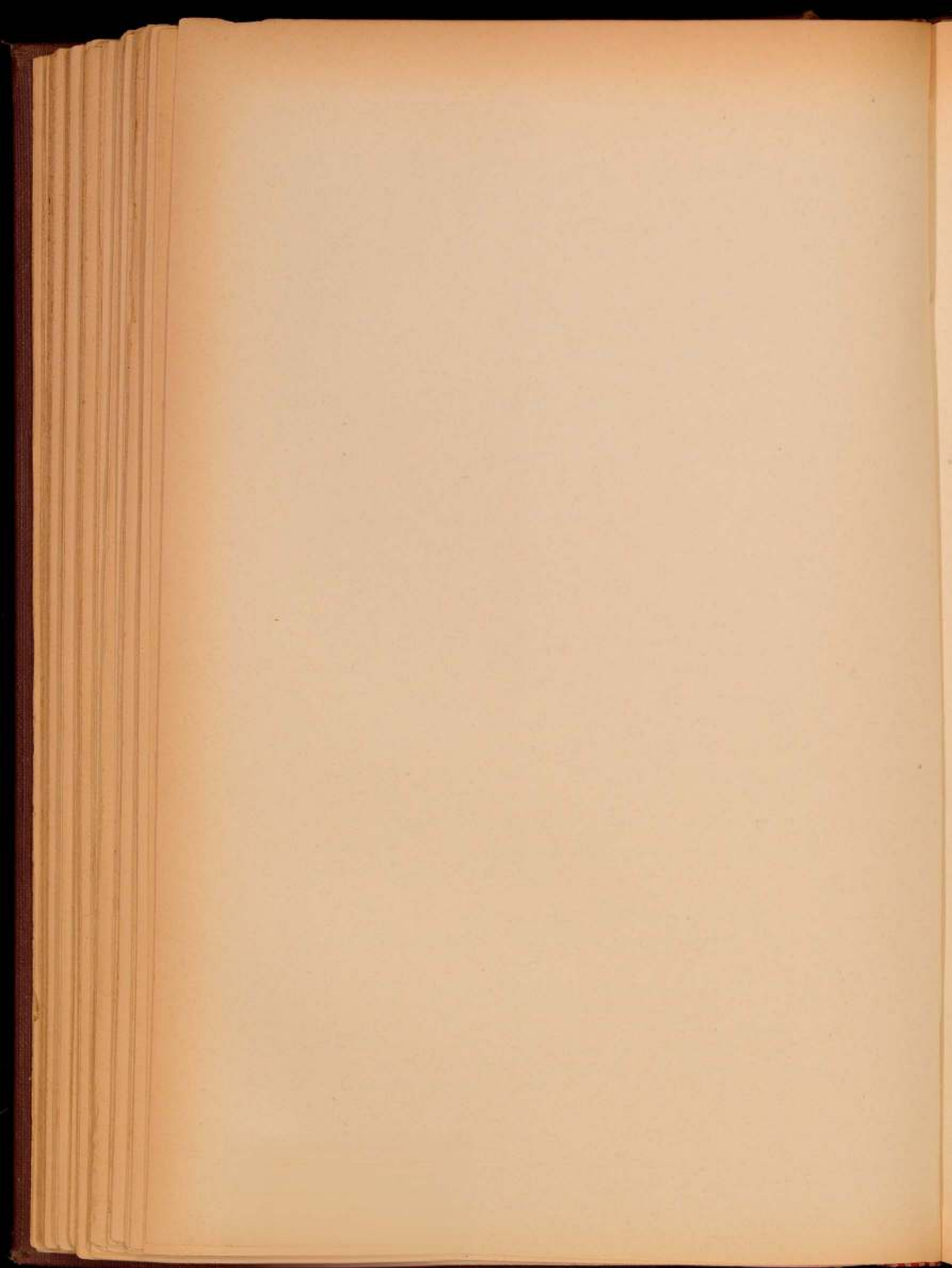
14. — Ma — si dirà — se non sono commercianti i soci a responsabilità illimitata, chi sarà il commerciante, cioè in

(1) Vedi il DERNBURG, *op. cit.*, loc. cit.; il BEHREND, *op. cit.*, § 25, pagina 105, e lo STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, pag. 41 e 42, annotazione 8, il quale dice: « Der Kommanditist einem Kommanditgesellschaft auf Aktien ist Kein Kaufmann; er ist nur Mitglied einer juristischen Person ».

(2) Vedi il mio scritto: *Condizione giuridica del socio receduto di fronte al fallimento della società*, nel *Foro it.*, 1899, I, 1002 e seg.

nome di chi sarà esercitato il commercio sociale? È facile rispondere. Nelle società in nome collettivo ed in accomandita sarà commerciante quello stesso che è commerciante nelle anonime, di cui si ammette unanimemente che *nessuno* dei soci sia commerciante: vale a dire la *società*. Con che si ritorna necessariamente al concetto della personalità giuridica delle società commerciali, sia pure limitata, come dice l'art. 77 ult. capov., ai rapporti esterni. Giacchè se si nega un tal concetto, e si attribuisce in conseguenza la qualità di commercianti ai soci a responsabilità illimitata, è impossibile sottrarsi alla necessità logica *di attribuire la qualità di commercianti anche ai soci a responsabilità limitata*(1).

(1) Cfr. inoltre a questo proposito la nota 1 a pag. 157.



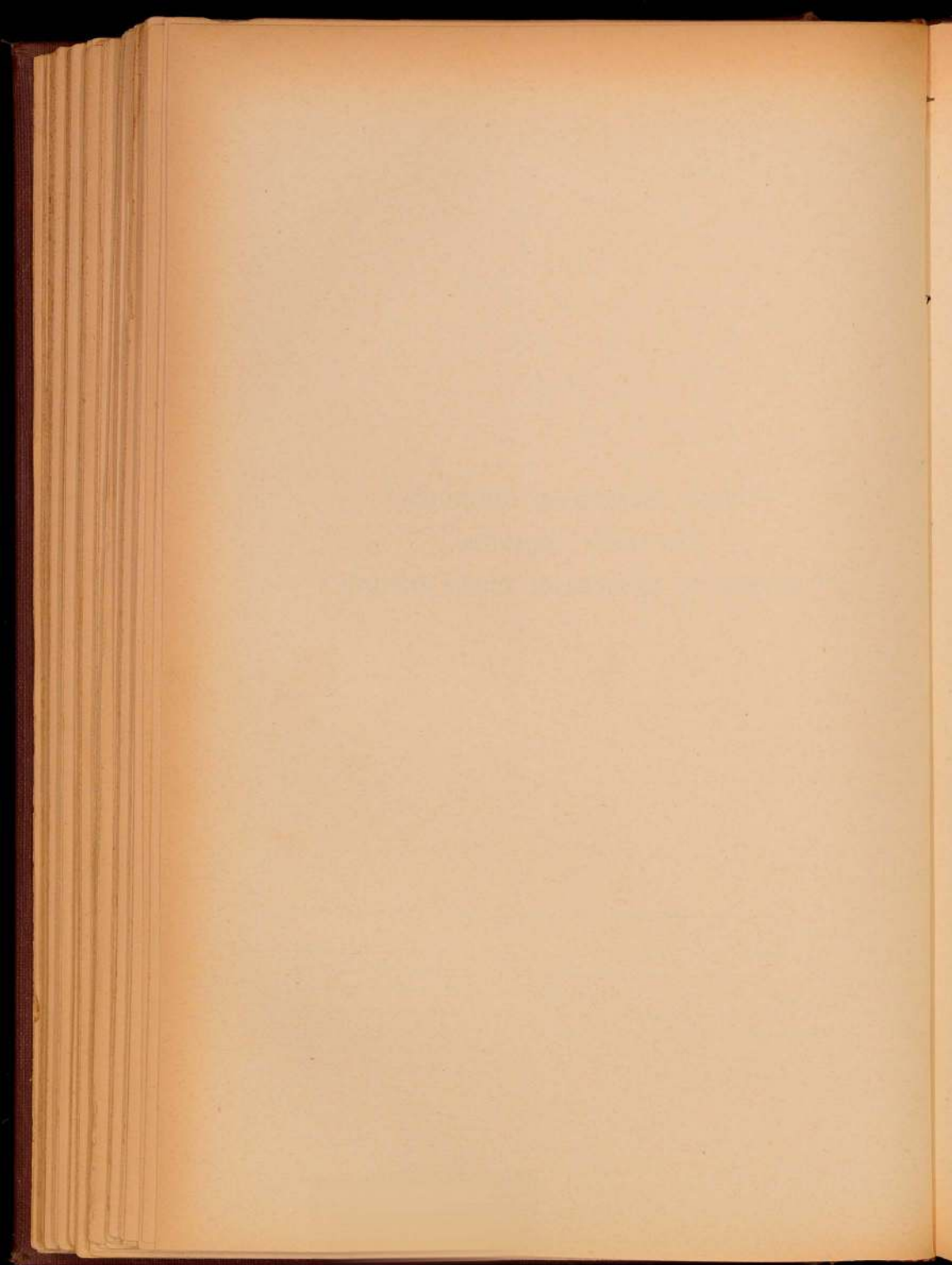
SULLA CONDIZIONE GIURIDICA
DEL SOCIO RECEDUTO
DI FRONTE AL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ *

* *Il Foro Italiano*, 1899. Nota alla sentenza 28 aprile 1899 del Tribunale di Palermo, la quale decise:

« La società in nome collettivo non si scioglie per il recesso d'un socio.

« Il socio recedente resta solidalmente tenuto verso i creditori sociali per le obbligazioni anteriori al suo recesso, quantunque, con atto pubblicato e trascritto, gli altri soci componenti la nuova ditta abbiano assunto gl'impegni della ditta antica, obbligandosi in garanzia verso il socio receduto.

« In questa posizione giuridica, il fallimento della società non trae seco il fallimento dell'ex-socio ».



Questa sentenza, riconfermando una giurisprudenza oramai costante (V. più oltre nota 3 a pagina 186) dichiara inapplicabile al socio receduto l'art. 847 cod. comm. Intorno all'articolo 847 si rannodano molte questioni sulla condizione giuridica del socio receduto di fronte al fallimento della società, alcune delle quali sono esaminate con molta cura dalla sentenza che annotiamo.

Ma la loro estrema importanza dal punto di vista teorico e pratico: la difficoltà che offre la conveniente sistemazione scientifica di una condizione giuridica transitoria ed anomala, come quella del socio receduto, richiedono uno studio alquanto ampio ed accurato, che noi ci proponiamo di fare, scorrendo prima del fondamento dell'art. 847 cod. comm.: quindi, della responsabilità del socio receduto per le obbligazioni della società, e, infine, venendo a trattare degli effetti del fallimento sociale sul socio receduto.

I. — *Fondamento teorico e pratico dell'art. 847 cod. commercio.*

L'art. 847 cod. comm., il quale stabilisce che il fallimento della società in nome collettivo ed in accomandita produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione, trova il suo fondamento in una serie di ragioni teoriche e pratiche su cui è ben lungi dall'essere unanime il consenso degli autori.

La Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio, nel tradurre in una espressa disposizione legislativa la dottrina che già prevaleva in Italia e in Francia, malgrado l'assenza di un testo formale (1), così giustificava la sua proposta: «Da ciò si deduce che il fallimento della società porta con sé il fallimento dei soci responsabili senza limitazione: nè può dubitarsi che ciò debba essere, se è vero che l'obbligazione solidale abbraccia il patrimonio sociale e tutto il patrimonio individuale di ciascuno dei coobbligati, e quindi, qualora anche uno solo fra essi fosse in grado di estinguere coi beni personali tutte le obbligazioni proprie e quelle della società, questa non sarebbe fallita » (2).

Nel concetto della legge l'inseparabilità del fallimento sociale dal fallimento dei soci responsabili senza limitazione è una conseguenza necessaria della responsabilità illimitata.

Per penetrare bene addentro a questo concetto della legge, occorre tener presente quale è la *condizione di fatto* per cui l'ordinamento giuridico ha preordinato l'istituto del fallimento, quale è lo *scopo* che l'istituto del fallimento si propone di raggiungere.

Malgrado l'affermazione generica del principio di eguaglianza fra i creditori contenuto nell'art. 1949 cod. civ., è certo che, nella sua pratica organizzazione, il nostro sistema procedurale ordinario (così di *cognizione* come di *esecuzione*)

(1) Si deduceva la regola che il fallimento della società importa necessariamente anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, dagli articoli 544, 551, 563 cod. comm. it. del 1865, e dagli art. 531 e 438 n. 2 cod. francese. V. Cass. franc. 10 novembre 1845, *Journ. du Pal.*, 1845, II, 610; Cass. req. 17 aprile 1861, SIREY, 1861, I, 609; Cass. 7 gennaio 1873, DALLOZ, 1873, I, 257; Cass. req. 13 maggio 1879, DALLOZ, 1880, I, 29; App. Lione 6 febbraio 1889, *Annales de droit comm.*, III, 166; RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, ed. belge par BEVING, Bruxelles 1853, II, pag. 330, nn. 536 e seg.; BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris 1890, n. 894; DUVIVIER, *De la faillite des sociétés commerciales*, Paris 1887, pag. 54 e seg.; THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1898, nn. 213 e 1481; GALLUPPI, *Ist. di dir. comm.*, Torino 1875, II, pag. 535.

(2) *Atti della Commissione del 1869*, Firenze 1873, III, pag. 853, n. 936.

ha un carattere prettamente individualista, nel senso che ciascun creditore (salvo il caso che vi siano cause legittime di prelazione) può ottenere il riconoscimento e il soddisfacimento del proprio credito, senza preoccuparsi dei diritti degli altri creditori. Dal carattere individuale della procedura, e in ispecie della procedura di esecuzione non soltanto italiana, ma di tutte le nazioni (1), nella normalità dei casi derivano conseguenze rilevanti solo per la *modalità* del soddisfacimento del credito, in quanto un creditore viene pagato sopra una parte, ed un altro creditore sopra un'altra parte del patrimonio del debitore (2). Allorchè invece tutti i creditori, agendo individualmente ciascuno per conto suo, non possono ottener *tutti* il soddisfacimento *immediato* ed *integrale* dei loro crediti, ma la procedura individuale conduce per uno o più creditori ad una *perdita sicura*, si ha uno *stato di fatto anormale*, davanti al quale deve venir meno il sistema procedurale individualista. Questo *stato di fatto* è appunto lo *stato di fallimento*: la procedura speciale che l'ordinamento giuridico ha stabilito in vista di tale stato è la *procedura collettiva di fallimento*. Lo *stato di fallimento* è perciò lo *stato di quel debitore, dei cui creditori uno o più sono esposti ad una perdita inevitabile* (3). Scopo dell'istituto del fallimento è la *par conditio creditorum*; ridurre cioè al minimo, e, in ogni caso, ad una misura eguale, la perdita dei creditori (4).

Dato questo concetto dello stato di fallimento, il quale

(1) V. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891, pag. 2.

(2) KOHLER, *Lehrbuch*, pag. 2.

(3) Il contenuto della perdita può consistere tanto in ciò, che il credito non viene soddisfatto nella *integrità* del suo ammontare, quanto in ciò che non viene soddisfatto *immediatamente*: il che è lo stesso, agli effetti economici che ne risente il patrimonio del creditore.

(4) V. KOHLER, *op. cit.*, pag. 1 e 2; POLLAK, *Das Konkursrecht*, Wien 1897, pag. 2; SCHULLERN, nelle *Zeitschr. für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung*, I, pag. 423; DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 3^a ediz., Halle 1882, I, pag. 263; WILMOWSKI, *Deutsche Reichskonkursordnung erläutert*, Berlin 1896, 5^a ediz., pag. 25; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, 4^a ediz., VIII, Milano 1897, n. 7381, pag. 98; SACERDOTI, *Del fallimento, Teoria fondamentale*, Verona-Padova 1881, pag. 3.

sgorga limpidamente dalla natura e dagli scopi dell'istituto; dato che, per la responsabilità illimitata, ciascun socio risponde *solidariamente e senza limitazione* (art. 76 n. 1 e 2; art. 106, 114 e 115 cod. comm.) di *tutte* le obbligazioni della società, (v. art. citati) è sembrato impossibile al legislatore che la società si trovasse in istato di fallimento senza che pur vi si trovasse ciascuno dei soci responsabili senza limitazione.

La responsabilità dei soci di fronte ai creditori sociali essendo non soltanto *illimitata* ma anche *solidaria*, ogni socio è *debitore di tutti i creditori sociali*, e, viceversa, *ogni creditore della società è creditore di ciascuno dei soci*.

Ora è parso al legislatore che non potesse esservi *perdita* pei creditori sociali, e quindi non potesse essere dichiarato il fallimento della società, finchè anche *uno solo* dei soci illimitatamente responsabili non fosse in istato di fallimento (1).

Da un punto di vista esclusivamente teorico, il concetto legislativo può, certo, essere oggetto di critiche. Il creditore sociale può essere in *perdita* come creditore della società, cioè come avente per garanzia il patrimonio sociale: può invece non esserlo come creditore di ogni singolo socio, come avente cioè per garanzia il patrimonio di ogni socio (2). Ma bisogna

(1) Questo concetto, enunciato abbastanza chiaramente nei lavori preparatori [v. nota 2 a pag. 178], risale agli autori francesi, da cui appunto i compilatori del codice del 1882 furono ispirati. V. ad es. il RENOARD, *op. cit.*, II, n. 536: « Mais il est impossible qu'une société soit réellement en faillite sans que, par une suite nécessaire, il n'y ait faillite de chacun des associés; car si un seul des associés pourrait suffire au payement des dettes sociales par ses biens personnels, la société ne serait point en faillite; elle ne serait que débitrice de l'associé pour toutes les sommes, supérieures à la part de celui-ci, dont il libérerait la société ».

(2) La obiezione sta anche nella teorica che nega alle società commerciali il carattere di persona giuridica (v. per es. MANARA, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento. Studio intorno la così detta personalità giuridica delle società commerciali*, nella *Giurispr. it.*, 1898, IV, 1 e segg.). Basta ammettere l'esistenza di un patrimonio sociale comune, accantonato a disposizione dei creditori sociali che vi hanno un diritto di preferenza, per obiettare che la perdita può esservi rispetto a questo patrimonio, può non esservi rispetto al patrimonio particolare dei soci. È perciò che in Germania, dove pure generalmente si nega la personalità giuridica alle società in nome collettivo ed

confessare che, praticamente, questa distinzione dottrinale non ha alcun valore. La responsabilità illimitata importa in chi si associa, esponendo negli affari sociali tutto il suo patrimonio presente e futuro, la fiducia più ampia negli altri consoci, la comunanza più completa di scopi e di intenti. Da ciò consegue necessariamente che non si formino società in nome collettivo se non con un numero assai limitato di soci, come egualmente, e più, limitato è il numero dei soci accomandatari nelle società in accomandita (1). Si tratta per lo più del padre che associa il figlio al suo commercio: dei fratelli che continuano l'azienda del genitore defunto: dell'inventore che si unisce al capitalista per sfruttare insieme il brevetto ottenuto: del commerciante esperto e già stabilito che vuole allargare la cerchia dei suoi affari e trovare un sovventore in un socio capitalista. In tutti questi casi, se si tratta di accomandita, i soci a responsabilità illimitata sono incaricati della gestione: se si tratta di società in nome collettivo, gli affari della società sono condotti in comune con perfetta unità d'intenti: al socio d'industria si affida la direzione tecnica dell'azienda: il socio capitalista è incaricato della contabilità, della cassa, dell'amministrazione: il personale dell'azienda è

in accomandita semplice (v. per es. il BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, pag. 444, § 62; il von HAHN, *Kommentar zum allgem. deutsch. Handelsgesetzbuch*, 4ª ediz., Braunschweig 1894, I, pag. 450 e seg.; il LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, nella *Zeitschr. für das G. H. R.*, XXX, pag. 469 e seg.; lo STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ediz., Berlin 1899, pag. 394 sul § 124 del nuovo codice), la C. O. esclude che il fallimento della società importi necessariamente il fallimento dei soci (v. in questo senso il KOHLER, pag. 77 e 78; il BEHREND, pag. 589 e nota 10; il WILMOWSKI, pag. 507; il RIHTELEN, *Das Konkursrecht*, Berlin 1890, pag. 31 e nota). La C. O. prussiana del 1855, invece (§ 287), aveva una disposizione simile a quella dell'art. 847 del nostro codice di commercio.

(1) Sopra 180 atti costitutivi di società in nome collettivo ed in accomandita semplice, del quadriennio 1895-99, da me studiati nella cancelleria del Tribunale di Roma, ho potuto riscontrare che in due soli casi la società contava 5 soci illimitatamente responsabili; pure in due casi, 4 soci a responsabilità illimitata; in sedici casi, 3 soci responsabili senza limitazione, e in tutti gli altri casi la società non contava che due soci in nome collettivo; e, se in accomandita, due o, più spesso, un solo socio accomandatario.

assunto in servizio e licenziato di comune accordo (1). Nei pochissimi casi in cui il contratto non pone tutti i soci illimitatamente responsabili a parte degli affari sociali, resta loro sempre il diritto di sorvegliare nel modo più ampio l'azienda sociale, che non deve aver segreti per loro (2). Da ciò deriva che il socio illimitatamente responsabile segue passo a passo la vita dell'azienda: egli non solo ne conosce lo stato di fallimento, ma ne vede financo i sintomi precursori. E poichè egli sa che la responsabilità solidaria ed illimitata per tutte le obbligazioni sociali gli incombe inesorabilmente, egli sarà più dei creditori interessato a impedire che la società cada in istato di fallimento. La continuazione degli affari di una azienda dissestata, o, peggio, la liquidazione giudiziaria di questa per mezzo della procedura fallimentare, non può che accrescere ed aggravare la sua responsabilità. È perciò che la società soltanto allora cesserà di sostenersi e cadrà in fallimento quando tutti i soci si troveranno anch'essi, singolarmente, in istato di fallimento. Si può dunque dire che, *in pratica*, ha ragione il Renouard, scrivendo: « Une société ne sera donc en faillite qu'autant que le passif sera supérieur non seulement à la partie des biens, qui, d'après les conventions des associés et dans leurs comptes entre eux, composent l'actif social, mais encore à cette portion de biens augmentée de tous les biens personnels de chacun des associés: car au regard des tiers l'actif social comprend les uns et les autres biens » (3).

Il fondamento e la giustificazione dell'art. 847 cod. comm. sta proprio in ciò, che, poichè ciascun socio, in forza della responsabilità *solidaria* ed *illimitata*, risponde di *tutte* le obbligazioni della società, l'attivo sociale è composto, *in realtà*, non soltanto dagli apporti conferiti, ma da tutti i beni par-

(1) Queste regole si trovano in quasi tutti gli atti costitutivi da me esaminati.

(2) V. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1893-99, I, n. 321; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pag. 452, § 69, sub IV.

(3) RENOARD, *op. cit.*, pag. 329, n. 534.

ticolari di ognuno dei soci. E perciò non v'è, in fatto, fallimento sociale disgiunto dal fallimento dei soci a responsabilità illimitata (1).

II. — *Responsabilità del socio receduto per le obbligazioni della società.*

Ciò che abbiamo premesso intorno al concetto fondamentale dell'art. 847 cod. comm. ci indica la via per risolvere la questione, che forma obbietto principale di questo studio, sulla condizione giuridica del socio receduto (2) di fronte al fallimento della società.

Il recesso di un socio, che può avvenire solo se il contratto sociale non ponga limiti alla durata della società (articoli 1733 e 1734 cod. civ.) o se nel contratto medesimo fu

(1) La dottrina che fa discendere dal fallimento sociale come conseguenza inevitabile il fallimento dei singoli soci è combattuta, sia dal punto di vista del diritto positivo francese, come da quello dei principi razionali, dal PIC, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Paris 1887, pag. 21 e seg., il quale invoca la personalità giuridica della società e il carattere di confidenssori dei soci a responsabilità illimitata. Con maggiore efficacia, dal punto di vista del diritto italiano, l'egregio prof. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 134 e seg., nota la contraddizione esistente fra l'art. 106 e l'art. 847 cod. comm.: contraddizione innegabile e che proviene da una mancanza di coordinazione tra i due articoli (v. anche ROCCO ALFR., *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, Torino 1898, n. 172). Il KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, pag. 77 e seg., dice che, poichè il socio risponde bensì illimitatamente rispetto ai creditori sociali, ma rispetto alla società non è obbligato che a conferire una determinata quota secondo il contratto sociale, non si capisce perchè egli debba essere posto nell'alternativa di sostenere la società o di cadere egli stesso in fallimento. E non approva neppure questo principio come un mezzo per obbligare il socio a non far fallire la società, giacchè in tal modo lo si costringe a sostenere artificialmente degli affari insostenibili. Ma comunque sia di ciò, e pur convenendo in molte di queste critiche, dal punto di vista del diritto positivo italiano, il fondamento dell'articolo 847 è indubbiamente quello indicato nel testo.

(2) Ciò che si dice del socio *receduto*, vale anche per il socio *escluso*, giacchè la condizione giuridica dell'uno e dell'altro dopo il recesso o l'esclusione si pareggia perfettamente. V. VIVANTE, *Trattato*, II, n. 671, e la giurisprudenza ivi citata.

consentito ad uno o più soci di ritirarsi dalla società (1) o se intervenga posteriormente il consenso unanime di tutti i soci, ha per effetto di sciogliere il vincolo sociale tra il socio e la società (2). Ma questa risoluzione del vincolo non può già operare *retroattivamente*: essa opera soltanto dal momento in cui lo scioglimento prende piena efficacia giuridica, e cioè dal momento in cui il recesso è regolarmente pubblicato (3).

E perciò i rapporti giuridici costituiti prima del recesso vincolano ancora il socio receduto: *limitatamente a questi rapporti* il vincolo sociale continua a sussistere. Soprattutto, la responsabilità solidaria ed illimitata continuerà ad incombere sopra il socio in nome collettivo e sopra l'accomanditario receduto, per tutte le obbligazioni assunte dalla società verso i terzi prima del recesso. Lo dice esplicitamente a proposito del socio escluso l'art. 188 cod. comm.: « Il socio escluso resta obbligato verso i terzi per tutte le operazioni fatte dalla società sino al giorno in cui l'esclusione è pubblicata ».

E ciò si comprende, quando si pensi che il recesso scioglie bensì rispetto al socio receduto il contratto di società, ma essendo un atto interno della società, non può modificare i diritti di chi non è intervenuto nell'atto di recesso, ed essendo creditore della società, ha per obbligati solidariamente ed illimitatamente i soci in nome collettivo ed accomandatari. Ed anche quando i soci restanti assumano per patto esplicito, nell'atto costitutivo o nell'atto di recesso, l'obbligo di liberare

(1) Questo patto è assai raro nelle società in nome collettivo. Ciò si comprende quando si pensi che l'esistenza di un tal patto è un elemento di debolezza per la società, agli interessi della quale esso sacrifica gli interessi particolari del socio. Negli atti costitutivi di società in nome collettivo riferentisi al quadriennio 1895-99 da me esaminati, non ne ho trovato che un solo esempio. V. contr. 20 marzo 1897, Canc. trib. Roma, Reg. trascr., n. 132.

(2) VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 671; BEHREND, *op. cit.*, § 80, pag. 556.

(3) Art. 96, 100 cod. comm. it.: §§ 15 e 143 cod. germ. del 1897; VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 671; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin 1899, pagina 468; App. Lucca 15 aprile 1890, *Dir. comm.*, 1890, 503, e *Foro it.*, Rep. 1890, voce *Società*, n. 137; Cass. Torino 6 novembre 1883, *Monit. trib.*, 1884, 27, e *Foro it.*, Rep. 1884, stessa voce, n. 83; Cass. Palermo 6 aprile 1899, *Tem. gen.*, 1899, 489.

il socio uscente da qualunque impegno assunto fin dall'inizio della società in nome sociale, questa clausola avrà solo l'effetto limitato di concedere al socio receduto un'azione di regresso verso la società per tutto ciò che dovrà pagare per conto della medesima; ma non potrà certo esonerarlo dalla responsabilità solidaria ed illimitata verso i creditori sociali per le obbligazioni sorte prima del recesso (1).

Ma dopo la regolare pubblicazione del recesso è diversa la condizione del socio rispetto alle obbligazioni sociali. Gli atti di recesso stabiliscono, in genere, molto energicamente che egli non è tenuto per le obbligazioni posteriori al recesso. « Dalla data del recesso il socio recedente si dichiara estraneo a tutte le operazioni ed impegni della società ». « In conseguenza di ciò il Sig... resta esonerato da qualunque impegno assunto a nome della ditta dal giorno... (data del recesso) in poi..... » (2). Nè alla validità di queste clausole consuetudinarie osta l'art. 188 cod. comm., il quale adopera la frase un po' lata: « *il socio escluso resta obbligato verso i terzi per tutte le OPERAZIONI fatte dalla società.....* ». Come dichiara ottimamente il Vivante, « le operazioni cui il socio escluso partecipa sono quelle che avevano già dato origine nel momento dell'esclusione a diritti e ad obbligazioni verso

(1) Questo patto non raro (v. ad es.: contr. 26 agosto 1895, *Cancelleria del trib. di Roma*, Registro trascr., 1895, n. 369; Reg. società, 95, n. 48) fu tradotto in articolo di legge dal codice civile germanico: « Se un socio esce dalla società, la sua quota di partecipazione al patrimonio sociale si accresce agli altri soci. Questi sono tenuti a restituire all'uscente, secondo il § 732, gli oggetti che egli ha concesso in uso alla società, a liberarlo dai debiti comuni ed a pagargli quanto egli riceverebbe nella liquidazione se la società fosse stata sciolta al tempo della sua uscita. Se vi sono debiti comuni non ancora scaduti, invece di liberare l'uscente, i soci possono prestargli sicurezza » (§ 738). Ma tanto la giurisprudenza, quanto gli autori tedeschi sono concordi nel ritenere che l'obbligo dei consoci non esclude l'obbligo del socio recedente di pagare i debiti sociali di cui è responsabile. V. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, XI, pag. 130; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6^a e 7^a ediz., pag. 461, annotazione 12.

(2) V. i contratti 10 luglio 1895, Reg. società, n. 94, n. 8; Reg. trascriz., 35, n. 254 e 5 agosto 1897, Reg. società, 94, n. 48; Reg. trascriz., n. 332.

i terzi » (1). Il socio receduto non sarà dunque tenuto che per le obbligazioni già sorte al momento del recesso, e per quelle che, ancorchè formalmente non sorte, furono una conseguenza *necessaria ed indeclinabile* di rapporti giuridici costituiti prima del recesso, formando insieme con questi un unico *affare*, nel senso più ristretto della parola (2). Così il socio uscente sarà obbligato per il contratto di vendita a termine stipulato prima del recesso, e per il contratto di compra successivo al recesso fatto allo scopo di procurarsi le merci o i titoli venduti anteriormente al recesso: e sarà obbligato pure per il contratto di noleggio e per l'assicurazione fatta dopo il recesso, ma per il trasporto e la consegna di merce venduta prima del recesso. *Per tutte le altre obbligazioni della società il socio uscito da essa non è più tenuto.*

III. — Il socio receduto e l'art. 847 cod. commercio.

Or, se questa è la condizione giuridica del socio receduto di fronte alle obbligazioni della società, dovremo necessariamente concluderne che *ad esso non è applicabile l'art. 847 cod. comm.* e che perciò *il fallimento della società non produce, ipso iure, il suo fallimento individuale.*

Questa opinione, accolta unanimemente dalla giurisprudenza (3), venne nella dottrina autorevolmente oppugnata

(1) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 672.

(2) V. BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pag. 558, nota 16; pag. 560, testo e nota 27. Questo autore però restringe ancora di più la responsabilità del socio dopo il recesso, affermando che egli è tenuto per le obbligazioni già fondate (*begrandeten*) al tempo dell'uscita, ma non per quelle assunte dopo il recesso per regolare gli affari pendenti. Diversamente è a dirsi nel sistema del diritto italiano, in cui il socio uscente partecipa alle operazioni, e non alle sole obbligazioni pendenti al momento dell'uscita. Cfr. art. 188 cod. comm. e *Atti della Commissione del 1869*, verbale CXXIII, n. 706, vol. III, pag. 404.

(3) V., oltre la recentissima sentenza 28 aprile 1899 del Tribunale di Palermo, App. Casale 29 gennaio 1887, *Cons. comm.*, 1887, 198, e *Foro it.*, Rep. 1887, voce *Società*, n. 107; App. Roma 16 ottobre 1890, *Dir. comm.*, 1891, 130, e *Foro it.*, Rep. 1890, stessa voce, n. 137; App. Milano 8 aprile 1893, *Foro it.*, 1893, I, 965.

con argomenti che mi propongo di qui esaminare, tenendo presenti i principi suesposti circa il fondamento giuridico e pratico dell'art. 847 cod. comm. e circa la condizione giuridica del socio che ha receduto dalla società. Degli argomenti che si adducono per combattere la tesi della giurisprudenza, alcuni sono d'indole giuridica, altri si fondano su ragioni di opportunità e di convenienza, di cui sarebbe vano dissimularsi la gravità (1).

Si osserva anzitutto che il socio receduto rimane responsabile per le obbligazioni sociali anteriori al suo recesso: ma il motivo per cui il fallimento della società produce il fallimento dei soci si è che la legge suppone che i soci, i quali hanno lasciato che la società non soddisfacesse le sue obbligazioni, per le quali essi pure erano responsabili, non sieno in grado di soddisfarle. Ma — si aggiunge — la stessa presunzione sussiste rispetto al socio receduto: giacchè anche questi è obbligato a pagare i debiti della società, ed anche questi, se la lascia dichiarare in fallimento, deve presumersi che si trovi nella impossibilità di pagarli (2).

In secondo luogo si invocano ragioni di moralità. I membri di una società in nome collettivo — si dice — la quale fosse per essere dichiarata in istato di fallimento, potrebbero con un recesso fatto a tempo liberarsi, pur rimanendo responsabili dei debiti sociali, dalla necessità di cadere in fallimento in conseguenza del fallimento dichiarato della società: « Il che sarebbe pur sempre qualche cosa; poichè potrebbero sì i creditori promuovere poi il fallimento dei soci per non aver questi pagato i debiti sociali, ma, intanto, il fallimento dei soci non seguirebbe immediatamente il fallimento della società; e, quel che più ai soci può interessare, non lo seguirebbe *necessariamente*, mentre la legge vuole (a torto o a ra-

(1) V. SRAFFA, nel *Foro it.*, 1893, I, 965, e nell'*Arch. giur.*, XLI, 391 e seg.; e di recente, nel suo ottimo volume sul *Fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 159 e seg.

(2) SRAFFA, *Il fallim. delle soc. comm.*, pag. 160 e seg.

gione) e chiaramente dispone che ciò debba avvenire » (1). Il che avverrebbe del resto senza impedire che, a richiesta degli interessati, il fallimento del socio receduto dovesse pronunziarsi pel solo fatto che la società è fallita. Ciò perchè, essendo la società in istato di fallimento, non trova applicazione l'art. 106 cod. comm., e il socio receduto ha, senz'altro, l'obbligo di soddisfare i debiti sociali, pel pagamento dei quali è responsabile (2).

Questi due ordini di argomenti debbono essere esaminati separatamente. Ci occuperemo perciò prima di quello d'indole giuridica: poi di quello d'indole pratica.

Ed anzitutto, è vero, ed in qual misura è vero che la presunzione su cui si fonda l'art. 847 cod. comm. stia anche nel caso di un socio receduto? Quanto abbiamo premesso nella prima e nella seconda parte di questo studio ci fornisce la risposta alla domanda ora formulata.

La regola scritta nell'art. 847 cod. comm., per cui il fallimento della società in nome collettivo ed in accomandita produce il fallimento dei soci responsabili senza limitazione, trova — dicemmo — il suo fondamento in ciò che, rispondendo ogni socio per tutte le obbligazioni della società, l'attivo di questa deve intendersi formato non solo dal patrimonio sociale, ma, inoltre, dal patrimonio particolare di ciascuno dei soci illimitatamente responsabili.

E perciò non v'ha — per la legge — *perdita* pei creditori sociali, e quindi *stato di fallimento* per la società, senza esservi *stato di fallimento* anche per ognuno dei soci responsabili in solido e senza limitazione.

Ma il socio receduto — vedemmo pure — non risponde di *tutte* le obbligazioni della società: egli risponde soltanto delle obbligazioni dipendenti dalle operazioni in corso al momento del recesso. Manca qui dunque uno dei presupposti essenziali della norma legislativa per cui il fallimento della

(1) SRAFFA, *op. cit.*, pag. 161 e 162.

(2) SRAFFA, *op. cit.*, pag. 162 e 163.

società implica necessariamente quello dei soci responsabili senza limitazione. Se il socio receduto non risponde di *tutte*, ma solo di *alcune* delle obbligazioni della società, è evidente che potrà benissimo esservi *perdita* per una parte dei creditori sociali, ed essere quindi la società in istato di fallimento, senza che vi sia perdita per quei creditori sociali che hanno anche la garanzia del socio receduto, e quindi senza che il socio receduto si trovi in istato di fallimento.

Qui sarebbe assolutamente inesatto affermare che l'attivo sociale si può considerare formato anche dal patrimonio particolare del socio receduto, giacchè questo garantisce solo *una parte* delle obbligazioni sociali. Siamo dunque completamente fuori della ipotesi contemplata nell'art. 847: questo si riferisce ai soci che rispondono illimitatamente ed in solido di *tutte* le obbligazioni della società, mentre nel caso nostro il socio receduto risponde bensì illimitatamente ed in solido ma solo di *alcune obbligazioni* della società. Il che è ben differente. E la differenza tra i due casi è così chiara che non è sfuggita neppure al fine senso giuridico del prof. Sraffa; egli afferma bensì che la dichiarazione del fallimento di una società in nome collettivo deve necessariamente produrre il fallimento anche di quel socio che sia regolarmente uscito dalla società prima del fallimento, ma vi pone una limitazione: « *sempre che questo sia stato pronunciato per non aver la società fatto onore ad impegni dipendenti da operazioni già in corso quando il socio recedè* » (1). Con ciò si riconosce, ed esplicitamente si riconosce, che l'art. 847 non è sempre applicabile al socio receduto. È questa una concessione preziosa per la nostra tesi, sulla giustezza della quale non dovrà più cader dubbio, se, come spero, riusciremo a dimostrare l'inaccettabilità del criterio proposto dal prof. Sraffa per applicare al socio receduto la disposizione dell'art. 847.

Questo criterio è, in primo luogo, ingiusto, perchè fa dipendere da un mero caso il fallimento del socio come conse-

(1) SRAFFA, *op. cit.*, pag. 160, in principio, e pag. 163.

guenza inevitabile del fallimento della società. Quando la società è in istato di fallimento, il disagio economico in cui essa versa può manifestarsi esternamente coll'inadempimento di questa o di quella fra le sue obbligazioni, secondo il tempo, le circostanze, la volontà dei soci. Ecco dunque il socio receduto completamente in balia del caso, o, quel che è peggio, della volontà dei suoi ex-consoci. Vorranno questi involgerlo ineluttabilmente nel fallimento della società? E pagheranno coi mezzi di cui la società dispone le altre obbligazioni, lasciando insolute quelle di cui il socio receduto è responsabile. Vorranno invece salvarlo dal fallimento? Ed essi soddisferanno le obbligazioni in cui ha parte l'ex socio, a scapito delle altre. Qual fonte di ingiustizie, di soprusi, di abusi sia questa interpretazione dell'art. 847, non è chi non veda. E ciò dovrebbe bastare per farla respingere. Nè si dica che il fallimento del socio receduto nel caso di fallimento della società per cessazione di pagamenti a cui anche il socio era obbligato, si giustifica colla considerazione che, *in quel caso*, la cessazione dei pagamenti della società comprende anche la cessazione dei pagamenti del socio, mentre ciò non è negli altri casi. Io dirò che ciò non è neppure in quel caso. È vero che, essendo la società in istato di fallimento, il socio non ha diritto all'escussione preventiva della società, secondo l'articolo 106 cod. comm. (1). Ma non può dirsi che il socio abbia cessato di pagare, finchè il pagamento non gli è chiesto. Il vincolo della solidarietà che lo avvince agli altri soci e (in questo caso) alla società darà diritto ai creditori di rivolgersi a lui per il soddisfacimento della obbligazione e gli farà ob-

(1) Ammetto, in via di concessione, questa regola, benchè, *nel caso del socio receduto*, mi sembri tutt'altro che sicura. Essa infatti presuppone come dimostrato ciò che è appunto in discussione, e cioè che l'art. 847 sia applicabile al socio receduto. Ma se si risolve la questione in senso contrario, se si ammette che il socio receduto non fallisca *ipso iure* per il fallimento della società, non si dovrà ritenere applicabile a lui l'art. 106 e non si dovrà concedergli il *beneficium excussionis*? È un dubbio che io propongo, senza intendere di risolvere la questione che non riguarda direttamente il mio tema.

bligo di soddisfarla *se richiesto*. Ma una richiesta è indispensabile per il fatto stesso che più sono gli obbligati. È ingiusto e contrario alla realtà il dire che poichè uno dei debitori in solido ha cessato di pagare, tutti i condebitori solidali si trovano in istato di cessazione dei pagamenti.

Di regola, dunque, il socio receduto non cadrà in fallimento per il fallimento della società. Ma questa norma non è assoluta. I principî stessi che ne costituiscono il fondamento logico e alcune esigenze pratiche d'imprescindibile importanza richiedono che vi si porti una limitazione.

Poichè la ragione per cui crediamo inapplicabile al socio receduto l'art. 847 cod. comm. è che rispetto al socio uscito dalla società non si verifica l'ipotesi contemplata in quell'articolo, vale a dire *la responsabilità solidaria ed illimitata per tutte le obbligazioni della società in istato di fallimento*, ne consegue che *quando la società già si trova in istato di fallimento riguardo alle obbligazioni di cui l'ex socio è responsabile*, si verifica l'ipotesi dell'art. 847, e la dichiarazione di fallimento dell'ex socio sarà una conseguenza inevitabile del fallimento della società. *Ciò si verificherà nel caso in cui, al momento del recesso, la società già si trovava in istato di fallimento*. Non importa che il fallimento non fosse ancora giudizialmente dichiarato: quando la posteriore dichiarazione giudiziale riconoscerà che lo stato di fallimento della società risale ad una epoca anteriore al recesso del socio, il fallimento della società involverà necessariamente anche il fallimento dell'ex socio.

Se non m'inganno, questa soluzione, oltre ad essere strettamente giuridica, ha anche il pregio di una grande equità. Se il socio, al momento del suo recesso, ha lasciato la società in buone condizioni economiche, sarebbe una vera ingiustizia il volerlo coinvolgere ineluttabilmente nel fallimento della società, avvenuto posteriormente alla sua uscita e prodotto da un disagio economico inesistente al tempo del recesso. Ma se invece lo stato di fallimento della società sussisteva: se il socio coll'uscirne ha voluto di proposito eludere le conse-

guenze che a lui derivavano dalla qualità di socio per l'articolo 847 cod. comm., è giusto, è opportuno che il suo fallimento segua inesorabilmente il fallimento della società.

In tal modo si giustifica ampiamente l'unica sentenza la quale abbia pronunziato il fallimento del socio receduto in seguito al fallimento della società (1). Si trattava di un socio, il quale, dopo aver sperperato il danaro sociale e ridotto la società in istato di fallimento, ne uscì alla vigilia della materiale cessazione dei pagamenti, evitata fino allora artificialmente a mezzo di espedienti. « Nè il recesso dalla società — diceva la sentenza in esame — avvenuto pochi mesi prima che si verificasse la cessazione dei pagamenti e lo stato d'insolvenza del Banco, può far declinare all'Achille Carocci la responsabilità di essere coinvolto insieme agli altri soci nella dichiarazione di fallimento: imperocchè il codice di commercio prevede il caso e all'art. 690 dispone che può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento e purchè la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio o anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo: disposizione la quale è applicabile al socio in nome collettivo che è commerciante, ed a maggior ragione, perchè la sua dichiarazione di fallimento è conseguenza necessaria del fallimento della società, in forza del citato art. 847, quando la cessazione dei pagamenti sia avvenuta entro l'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo: non essendo dubbio, nel caso del Carocci, che debba attribuirsi a lui, alla sua cattiva amministrazione ed all'abuso del denaro sociale, se il Banco, nei pochi mesi che menò vita anemica dopo la sua uscita dalla società, non fu in grado di mantenere i suoi impegni ».

Come non di rado accade nelle sentenze dei tribunali ita-

(1) App. Perugia 15 dicembre 1892 (*Gazz. proc.*, XXV, 476; *Foro it.*, Rep. 1893, voce *Società*, n. 171).

liani, se il motivato di questa decisione non può andare esente da censure, il dispositivo di essa, data la configurazione della fattispecie, coglie veramente nel segno. Come vedremo in appresso, l'art. 690 nulla ha che vedere colla questione che ci preoccupa: ma senza dubbio l'esistenza dello stato di fallimento latente al momento del recesso giustifica e rende necessaria l'applicazione dell'art. 847 cod. comm.

Ciò che abbiamo detto finora ci dispensa, si può dire, dal rispondere alle obiezioni di opportunità e di convenienza pratica mosse alla dottrina che nega l'applicabilità, come regola, dell'art. 847 al socio receduto.

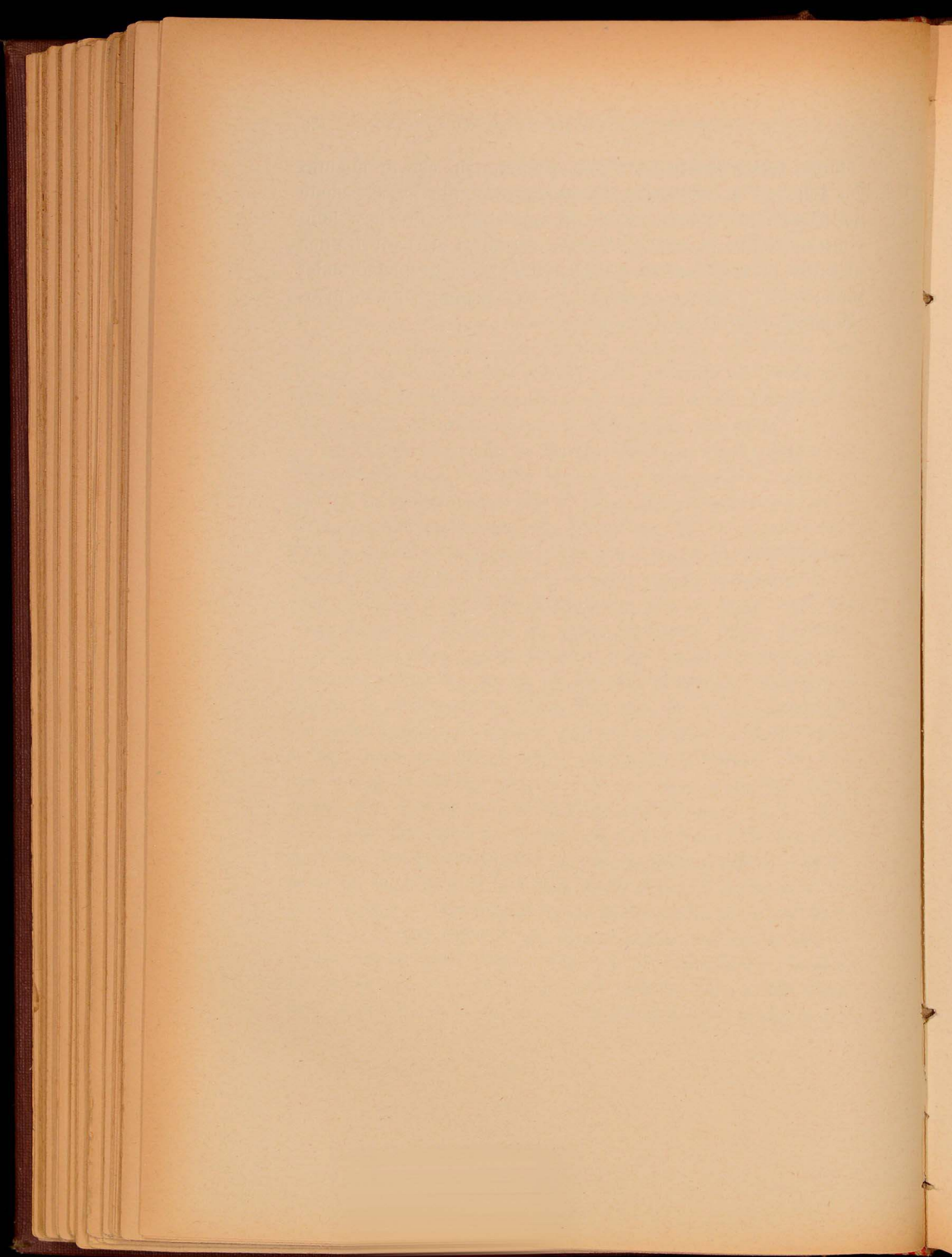
Nella nostra dottrina non può verificarsi l'ipotesi, ripugnante al senso morale, di un membro di una società in nome collettivo il quale, nell'imminenza della dichiarazione del fallimento sociale, si liberi, con un recesso fatto a tempo, dalle conseguenze di cui all'art. 847. Quando fosse constatato che lo stato di fallimento della società rimonta al tempo in cui egli era socio, il suo fallimento seguirebbe immediatamente quello della società e il suo fraudolento disegno resterebbe del tutto frustrato. Nè d'altro canto, è vero che, il socio receduto dovendo essere egualmente dichiarato in fallimento quando non soddisfacesse le obbligazioni della società, scarsi sarebbero gli effetti pratici della nostra dottrina. Anzitutto, altro è che il fallimento del socio debba seguire *necessariamente* quello della società, altro è che il fallimento *possa* essere pronunciato, e lo possa solo *se il socio, individualmente, è in istato effettivo di fallimento ed abbia cessato di fare i pagamenti*. In secondo luogo, se il fallimento del socio è pronunciato come conseguenza inevitabile del fallimento della società, esso sarà pronunciato dal tribunale nella cui giurisdizione la società ha la sua sede (art. 847 e 846 cod. comm.) e non già dal tribunale nella cui giurisdizione il socio ha il suo principale stabilimento commerciale (art. 685): si avrà un solo giudice delegato ed un solo curatore (art. 847 n. 2) invece di due giudici e di due curatori. Il caso deciso dal Tribunale di Catania con la sentenza che annotiamo dimostra

quanta importanza pratica abbia il fatto che il fallimento del socio sia stato dichiarato in seguito a quello della società, o invece sia stato dichiarato per cessazione dei pagamenti individuali del socio. Basta citare l'interesse che hanno i creditori sociali garantiti anche dalla responsabilità del socio receduto ad ottenere la riunione delle due procedure, che rappresenta per loro una diminuzione di spese giudiziali e perciò un aumento di dividendo, e viceversa, l'interesse che hanno i creditori sociali esclusi dalla garanzia del socio (creditori per operazioni posteriori al recesso) a non gravare l'attivo sociale di spese comuni al fallimento del socio.

Un'ultima osservazione. Spesso s'invoça, anche dalla giurisprudenza, l'art. 690 cod. comm. per pareggiare il socio receduto al commerciante che si ritira dal commercio e per limitare l'applicazione dell'art. 847 al caso in cui la cessazione dei pagamenti della società abbia avuto luogo durante il tempo in cui egli era socio o anche durante l'anno successivo al recesso, purchè si tratti di obbligazioni per le quali egli era responsabile (1). Dissento da questa opinione. Essa conduce, è vero, in ultima analisi, a conclusioni simili a quelle propugnate in questo scritto, in quanto che finisce per negare applicazione all'art. 847 in tutti quei casi, in cui la cessazione dei pagamenti non avvenne durante la permanenza del socio nella società, o durante l'anno successivo al recesso. Ma è la base stessa di questa dottrina che non posso accogliere, come quella che, applicando una disposizione di legge ad un caso col quale essa nulla ha di comune, finisce col condurre a conseguenze affatto inaccettabili. Il socio receduto, infatti, è tanto poco un socio ritirato dal commercio che può darsi, e si dà assai spesso — come nella specie decisa dalla sentenza surriferita — il caso che egli sia commerciante per conto suo e, benchè uscito dalla società, continui il commercio iniziato. Ed in tal caso o si dovrà, facendo violenza alla realtà delle cose, considerarlo come un ex commerciante; o si dovrà di-

(1) SRAFFA, *op. cit.*, pag. 163.

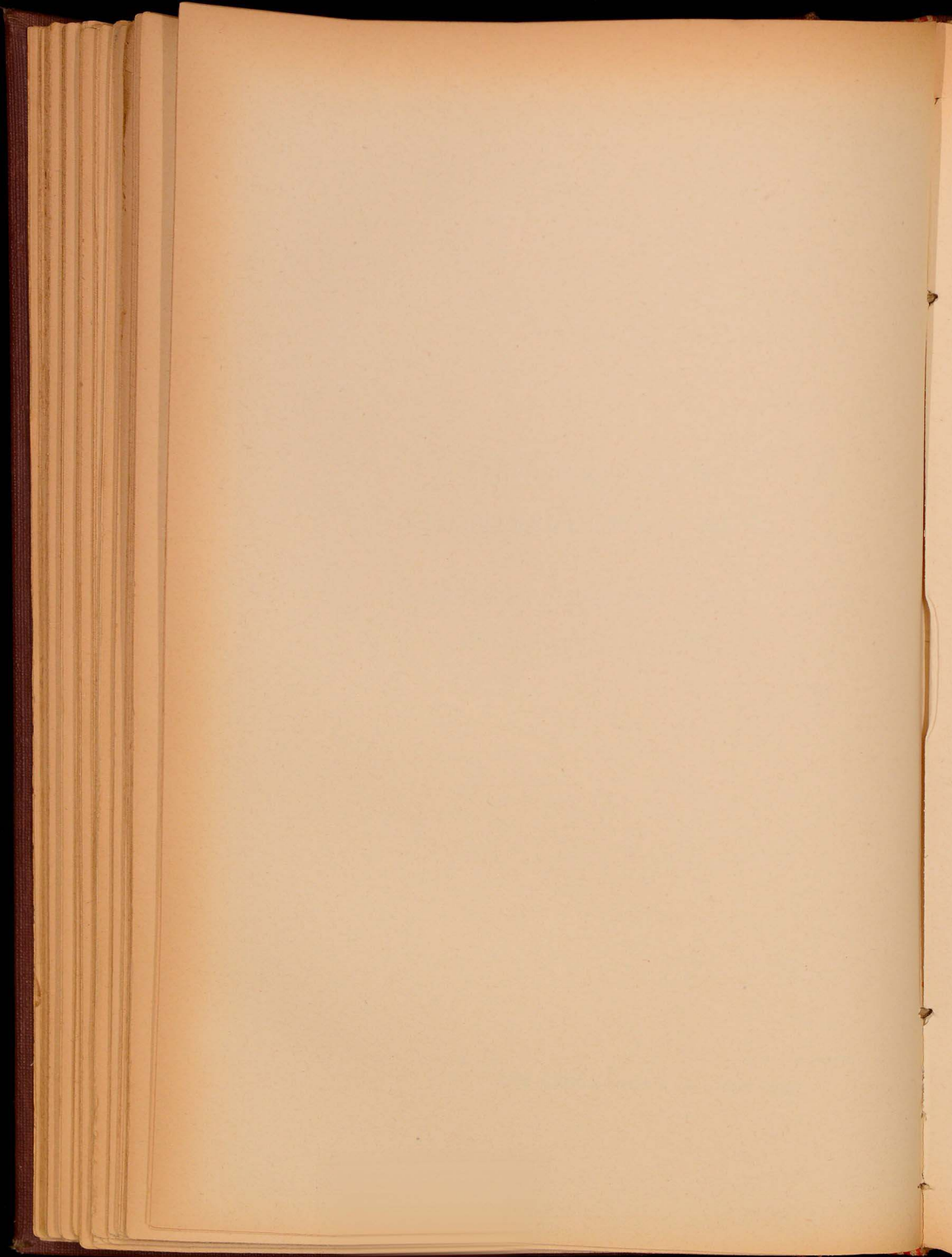
chiarare inapplicabile l'art. 690, ammettendo che in qualunque tempo e in qualunque modo sia avvenuta la cessazione dei pagamenti della società, egli dovrà essere *ipso iure* coinvolto nel fallimento di questa. Il che, oltre al costituire una disparità di trattamento ingiusta ed odiosa, verrebbe a render nulla, nella gran maggioranza dei casi, l'applicazione dell'articolo 690 cod. di commercio.



SULLA LIQUIDAZIONE
DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI *

NOTA A PROPOSITO DI UN LAVORO
DEL PROF. ANGELO SRAFFA

* *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1900.



Io non farò al prof. Sraffa l'elogio di averci dato, con la seconda edizione della sua *Liquidazione delle società commerciali* (1), un libro nuovo. Già la prima edizione (2) aveva tali pregi di chiarezza, di acume esegetico, di larga padronanza di tutto il diritto commerciale positivo, di conoscenza scientifica della *pratica* mercantile, da non farci desiderare per nulla la rinnovazione di un'opera già pienamente rispondente al fine propostosi dall'autore ed alle esigenze di una trattazione scientifica dell'importantissimo tema. Con ottimo consiglio perciò l'autore ha, in questa seconda edizione, mantenuto intatto il piano ed intatta l'impronta generale del lavoro: con ottimo consiglio ha mantenuto le soluzioni date alle questioni fondamentali, che egli aveva avuto la soddisfazione di vedere accolte dalla più autorevole dottrina e giurisprudenza. L'unico mutamento sostanziale arrecato a questa nuova edizione concerne la distribuzione schematica delle varie parti della monografia, raggruppate ora secondo un più rigoroso criterio

(1) SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, 2^a edizione rinnovata, Firenze 1899, Fratelli Cammelli editori.

(2) Comparsa nel 1891 sotto il titolo: *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1891, Pellas editore. Questa 1^a edizione ebbe l'onore di molte recensioni: V. ad es.: VIVANTE in *Riv. it. scienze giuridiche*, XIII, pag. 94 e segg.; SALEILLES, negli *Annales de droit commercial* del THALLER, 1891, pag. 202-227 (sotto il titolo di *Contributions à l'étude des méthodes juridiques*).

sistemático. Non già che nella prima edizione, il lavoro mancasse di *organicità*: che anzi fin dal principio esso è nato come un sistema organico di principî e di norme giuridiche, tutte impennate sulla regola fundamentalissima, per la prima volta messa in luce in Italia dallo Sraffa, della persistenza reale e non finta della società come persona giuridica e come contratto durante la liquidazione. Ma il nesso organico tra le varie parti del libro, che doveva prima cogliersi attraverso la trattazione e la soluzione delle questioni controverse, balza ora agli occhi dalla ripartizione sistematica del lavoro. L'*organicità* da *interna* si è fatta *esterna*, accrescendo così indubbiamente, e di molto, il valore scientifico dell'opera.

Ho detto che il principio fondamentale dominante tutta la trattazione è che la società disciolta durante la liquidazione seguita a vivere quale ente a sè, distinto dalla persona dei soci e capace di assumere obbligazioni, ma con scopo profondamente trasformato e solo pel conseguimento di questo. Dopo avere con molto acume confutato le dottrine ora false, ora artificiose, ora semplicemente bizzarre, per le quali, sciolta la società, questa deve ritenersi trasformata in semplice comunione, o in una *società nuova di liquidazione* o deve invece ritenersi in vita fittiziamente per la liquidazione, lo Sraffa espone con molta franchezza e nettezza la sua teoria, che oramai, e giustamente, ha guadagnato a sè la maggioranza degli autori e dei giudicati. In mezzo alle polemiche dotte ed alle citazioni giudiziose, mi sembra che l'autore non abbia in nessun altro punto colto meglio il lato scientifico e pratico del problema, che nel brano seguente: « I creditori sociali poi, i quali possono far valere i loro diritti sul patrimonio della società, a preferenza dei creditori dei singoli soci, avrebbero un diritto illusorio se questo venisse a cessare quando lo scopo di fare una data speculazione, che si propone la società, viene a cessare; intendimento della società e di coloro che contrattarono con essa fu certamente quello che contestò diritto di preferenza dei creditori sociali, in confronto dei creditori particolari dei soci, non dovesse venire mai di-

strutto: e siccome esso si fonda sopra la esistenza del patrimonio sociale come ente a sè, ne deriva che intendimento dei soci e dei terzi contraenti con la società fu quello di mantenere l'ente società fino al soddisfacimento delle obbligazioni sociali. I soci dunque, se possono deliberare validamente che da un dato momento la società cessi di funzionare con l'attività iniziale, non possono farne cessare la vita da un istante all'altro, essendo necessario di regolare prima i rapporti che fra essi il vincolo sociale ha indotto, e principalmente regolare i rapporti che la società ha assunto verso i terzi » (pag. 52 e 53). Tutto ciò è esattissimo. La ragione fondamentale della persistenza reale e non finta della società durante la liquidazione è precisamente l'*autonomia del patrimonio sociale*. Dirò anzi di più. Una vera e propria *liquidazione* non avrebbe ragion di essere, senza la persistenza della personalità giuridica della società durante la liquidazione. Lo svolgimento storico della liquidazione, molto bene delineato dallo Sraffa, mette in luce questa verità: che la liquidazione è al tempo stesso una conquista ed una conseguenza della personalità giuridica. Quando — come nel diritto romano — manca l'autonomia del patrimonio sociale e le obbligazioni sociali non sono che le obbligazioni dei soci che hanno contrattato per conto sociale, una vera liquidazione non è possibile. Ma appena l'autonomia del patrimonio sociale sorge, appena si delinea nettamente la personalità giuridica della società, ecco venir su dalla necessità delle cose, e regolarsi a mezzo dei patti consuetudinari inseriti nei contratti di società, una procedura di liquidazione atta a garantire efficacemente, prima i diritti dei creditori sociali, poi quelli dei soci sul patrimonio sociale. La ragione logica di questa pratica correlazione tra la personalità giuridica e la liquidazione, è evidente. Data la personalità giuridica, le obbligazioni sociali sono obbligazioni del subietto di diritti « società » e non dei soci, i diritti di credito acquistati dalla società, appartengono al subietto di diritti « società », e non già ai soci (art. 77 ult. capov. cod. comm.). Ora poichè la realtà delle cose la vince

sempre sulla volontà degli uomini ed anche sui precetti della legge, nessuno scioglimento al mondo può distruggere lo stato di fatto già esistente, nè può trasformare i rapporti giuridici costituiti tra il subietto di diritti «società» ed i terzi, in rapporti tra i singoli soci ed i terzi.

Ciò è impossibile: a) perchè i terzi avendo costituito rapporti giuridici col subietto di diritti «società» essi: 1° hanno contato sul patrimonio sociale autonomo (art. 85) che deve restare integro a garanzia dei loro diritti; 2° sono obbligati di fronte alla società e non già di fronte ai soci: b) perchè, finchè esistono rapporti giuridici costituiti dal subietto di diritti «società», questo subietto di diritti continua a sussistere e il suo patrimonio è sottratto alla disponibilità dei soci, fra i quali pertanto persiste il vincolo sociale. Da ciò deriva che lo scioglimento non potendo produrre l'effetto di far cessare il subietto di diritti «società» la società continua a sussistere come persona giuridica e come contratto. Un solo effetto può produrre lo scioglimento: quello di impedire la formazione di nuovi rapporti giuridici fra la società ed i terzi. Il che deve però intendersi con molta latitudine: *nuovo* non può dirsi un rapporto giuridico che si costituisce per meglio definire un rapporto già esistente: ma soltanto quello che non è per nulla in relazione con un rapporto preesistente. Donde, praticamente, la regola: che lo scioglimento della società le interdice qualunque *nuova operazione* (art. 192 e 201 codice comm.).

Questo fecondo principio della persistenza della società come persona giuridica e come contratto durante la liquidazione, domina tutta la trattazione e fornisce più di una volta allo Sraffa la soluzione semplicissima di una questione controversa.

Ed è perciò che reca maggior meraviglia il vedere il nostro autore ritrarsi dalle conseguenze di quel principio, quando si tratta di decidere se una società, dopo sciolta e messa in liquidazione, possa rivivere per volere dei soci. Egli risponde decisamente che no perchè «la dichiarazione di scioglimento

della società, se non ne produce la morte, segna per essa una irrevocabile sentenza di morte ». Con questa netta affermazione, lo Sraffa contraddice alla opinione, che ha per sè il suffragio, si può dire, di tutta la dottrina e la giurisprudenza internazionale (1). La quale circostanza da una parte, la persistenza dall'altra del nostro autore in una dottrina esposta da lui fin dal 1891 in una *nota* inserita nel *Foro italiano*, e ribadita nelle due edizioni del suo trattato sulla *liquidazione*, e infine, l'acutezza di alcuni ragionamenti e di alcune osservazioni che non possono non impressionare il lettore, mi inducono a fermarmi alquanto sulla questione, per esporre, con tutta franchezza, al prof. Sraffa, i dubbi lasciati dalle sue, certamente, dotte e stringenti argomentazioni.

Ottimamente il prof. Sraffa incomincia col porre la questione in questi termini. Ammesso (e come non ammetterlo ?) come principio generale che nella sfera del diritto la libertà è la regola: ammesso che la nostra legge, posto il principio che la società esiste durante la liquidazione, non ha motivo per negare la revocabilità della deliberazione di liquidazione, lo Sraffa aggiunge che quello che interessa di vedere è: 1° se vi sia contraddizione fra l'ammettere l'esistenza della società in liquidazione ed il negare la revocabilità della deliberazione di liquidazione; 2° se la nostra legge ammetta la revocabilità di una tale deliberazione. La risposta che l'autore dà a questa duplice domanda è, naturalmente, negativa. Ora invece a noi sembra che posta (come egli pone correttamente) la questione in quei termini, e l'una e l'altra domanda richiedono una risposta sicuramente affermativa.

a) Esiste proprio una logica incompatibilità fra l'ammettere la persistenza reale della società durante la liquidazione e il negare ai soci la facoltà di far rivivere la società, revo-

(1) V. per la giurisprudenza e la dottrina italiana e straniera: Cass. Roma 17 giugno 1889, *Temi genovese*, 1889, 515; Cass. Roma 15 febbraio 1890, *Dir. comm.*, VIII, 557; NANI, nel *Foro it.*, 1891, 328; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pag. 549; HAHN, *Kommentar*, I, sull'art. 123; VIVANTE, II, n. 644 e la giurisprudenza e dottrina francesi quivi citate.

cando la deliberazione di liquidazione. Per scorgere questa contraddizione bisogna pensare alla ragione per cui si deve ammettere la persistenza della società durante la liquidazione. Dicemmo (ed anche lo Sraffa lo pone molto bene in rilievo) che la ragione giuridica fondamentale per cui lo scioglimento della società e la sua messa in liquidazione non possono avere altro effetto che quello di restringere lo scopo della società al compimento degli affari in corso, e non anche quello di troncarne senz'altro l'esistenza come persona giuridica e come contratto, sta appunto in ciò, che finchè vi sono rapporti giuridici costituiti tra il subietto di diritti « società » ed i terzi, non può non esservi la persona giuridica, non può venir meno l'autonomia patrimoniale, e non può essere tolto di mezzo lo ostacolo ad una reale cessazione di ogni rapporto contrattuale tra i soci. La volontà dei soci di sciogliere la società, che è quanto dire di far cessare la persona giuridica di fronte ai terzi, e il vincolo contrattuale fra i soci, è, per necessità di cose, impotente a conseguire questo scopo *immediatamente*. Essa non lo può conseguire che *mediatamente*, dopo un periodo più o meno lungo, durante il quale la società continua a vivere, ma con sfera d'azione limitata: la sua attività si limita al compimento degli affari in corso. Ma durante questo periodo di *preparazione* al conseguimento *effettivo* dello scopo che i soci si sono proposti volendo lo scioglimento della società, è evidente che *la volontà di conseguire lo scopo che si va preparando, di far cessare cioè effettivamente la società, deve persistere*. Si capisce che, quando l'effetto giuridico che una dichiarazione di volontà si proponeva di produrre, si è prodotto, la dichiarazione stessa non possa più revocarsi perchè *factum infectum fieri nequit*. Ma finchè l'effetto non si è prodotto come negare la possibilità di una revoca della dichiarazione di volontà? È naturale che nella teoria della *finzione* si dica che ciò che vive *fittiziamente* non si può tornare a far vivere *realmente*; è naturale che nella teoria della *società di liquidazione* si dica che la prima società è ormai morta e non si può richiamarla in vita. Ma nella teoria che lo Sraffa accetta e

difende con tanta efficacia e convinzione la società non è morta: essa vive una vita di raccoglimento, ma vive; e se vive, come negare ai soci la facoltà di ridare alimento ad un organismo ancora in vita, la cui sola particolarità era quella di consumare le forze già accumulate, invece di trarre alimento dal mondo esteriore? Nelle stesse espressioni che lo Sraffa usa per negare ai soci la facoltà di revocare la deliberazione di liquidazione si vede che egli dimentica la sua teoria per cui la società non muore collo scioglimento, ma continua a vivere come società antica e non come una nuova società. Dice egli: «il vivere che fa la società per uno scopo diverso dall'antico, che era quello di ottenere un lucro mediante speculazioni commerciali, non porta per necessaria conseguenza *che la società possa rivivere anche per l'antico scopo* » (pag. 61). Ma non si accorge qui l'egregio autore che egli mette da parte la sua teoria e parlando di società che *rivive*, presuppone necessariamente che essa debba essere morta una volta? Tanta è la forza di certe dottrine tradizionali!

b) Ma checchè si pensi di questa questione, che è questione di principio, per quanto possa condannarsi, in nome della logica giuridica, una dottrina che vieta di revocare una dichiarazione di volontà, quando questa ancora non ha prodotto l'effetto giuridico voluto, se, dalle disposizioni della legge positiva, si potesse, anche in via indiretta, desumere la intenzione del legislatore di non consentire una tale revoca di volontà, il nostro compito dovrebbe limitarsi ad una sterile critica legislativa. Ciò non è, tuttavia. La legge non ha per nulla sancito una tale violazione al principio di libertà. Due disposizioni, lontane, e dettate ad altro proposito, invoca molto acutamente il prof. Sraffa, per ciò sostenere: l'art. 190 e l'art. 853 cod. comm. Per quanto il compito sia reso malagevole dalla fine dialettica del mio egregio contraddittore, mi sia permesso di dichiarare francamente e di dimostrare che nè l'art. 190, nè l'art. 853 sanciscono, sia direttamente, sia indirettamente, il divieto di cui si tratta.

Dopo avere, all'art. 189, enumerate le varie cause di scio-

scioglimento delle società commerciali, la legge, all'art. 190, dichiara: «Decorso il termine stabilito per la sua durata, o compiuto l'oggetto della sua impresa, la società è sciolta di diritto, nè può essere tacitamente prorogata». Lo Sraffa interpreta questo articolo nel senso che la società è sciolta di diritto decorso il termine stabilito o compiuto l'oggetto della sua impresa e che, per evitare che in tali casi si abbia uno scioglimento di diritto, si richiede una proroga espressa *deliberata prima* che spiri il termine stabilito dal contratto o prima che si compia l'oggetto dell'impresa. E da questa interpretazione trae la conseguenza che se, per l'art. 190, non può essere prorogata e fatta risorgere una società sciolta, ma non ancora posta in liquidazione, a più forte ragione si deve ritenere impossibile che sia fatta continuare una società già sciolta e messa in liquidazione.

Per l'art. 190 i soci possono *evitare* lo scioglimento mediante deliberazione espressa: ma ad essi è vietato *revocare* lo scioglimento quando è già avvenuto. A questa interpretazione dell'art. 190 si associa anche Bruschetтини (1), il quale però la vuol circoscritta ai due casi di scioglimento a cui si riferisce l'art. 190: il decorso del termine e il compimento dell'impresa, dichiarando negli altri casi «possibilissima» la revoca dello scioglimento anche durante la liquidazione (2).

Dissentono recisamente dai due chiarissimi autori. Al Bruschetтини oppongo che data la interpretazione che egli accetta dell'art. 190, la sua argomentazione *a contrario* non mi sembra concludente, perchè l'unica differenza che vi sarebbe tra i due casi di scioglimento di *diritto* a cui si riferisce l'art. 190, e gli altri casi di scioglimento, sarebbe questa: che nei casi di scioglimento di diritto, l'unico mezzo dato ai soci per *evitare* lo scioglimento, sarebbe una dichiarazione *espressa*: men-

(1) Nell'*Archivio giuridico*, 1899, XLIII, pag. 389.

(2) Il Bruschetтини accetta anche l'interpretazione data dallo Sraffa all'art. 853, e perciò eccettua anche il caso di scioglimento *per fallimento* dalla revoca. Ma di ciò vedremo in seguito.

tre negli altri casi, sempre per *evitare* lo scioglimento, basterebbe una dichiarazione *tacita* di volontà. Ma si potrebbe sempre sostenere che la legge, occupandosi soltanto del modo con cui i soci possono esercitare la loro facoltà di *evitare* lo scioglimento, abbia inteso precludere loro la via alla *revoca* dello scioglimento già avvenuto.

Tuttavia mi proverò qui di dimostrare come proprio l'interpretazione data dallo Sraffa e dal Bruschettini all'art. 190 sia inaccettabile, e lo sia anche *pei due casi di scioglimento* di cui si occupa l'art. 190 stesso. Io sono convinto che l'art. 190 abbia voluto dir questo: che nei casi di scioglimento per decorso del termine e per compimento della impresa, lo scioglimento stesso avviene *di diritto*, cioè senza bisogno di una espressa dichiarazione o deliberazione dei soci o di una pronunzia del giudice: e che, *per conseguenza*, negli stessi casi, se i soci vogliono prorogare la società, possono farlo soltanto *espressamente*. Con ciò io evito la giusta critica dello Sraffa mossa a chi interpreta l'art. 190 in modo da far dipendere la seconda parte dell'articolo, riguardante la proroga, dalla proposizione con cui l'articolo comincia «*decorso il termine stabilito per la sua durata o compiuto l'oggetto della sua impresa*». Lo Sraffa osserva ragionevolmente (pag. 63) che, interpretando l'art. 190 nel senso che *decorso il termine la società non può essere tacitamente prorogata*, ma lo può bensì *espressamente*, ne verrebbe logicamente che *prima del decorso del termine* la società si dovrebbe poter prorogare anche tacitamente, il che appunto la legge ha voluto espressamente impedire, perchè la giurisprudenza aveva sotto il codice di commercio del 1865 ammesso l'opposto principio. Questa critica non mi tocca, perchè io convengo collo Sraffa che la seconda parte dell'art. 190 «*nè può essere tacitamente prorogata*» è una proposizione *coordinata* e non *subordinata* alla prima «*decorso il termine ecc.*». Ma io prego il mio egregio contraddittore di voler rileggere l'art. 190, considerando appunto, come egli vuole giustamente si faccia, le due parti dell'articolo come due proposizioni *distinte e coordinate*. Egli certo

converrà con me che l'articolo consta di due parti. Nella prima parte la legge dice che, verificatisi i due casi di scioglimento che sono il decorso del termine e il compimento dell'impresa, la società è sciolta *di diritto*. Qui la legge ha considerato i due casi di scioglimento come già verificati, ed ha stabilito che, verificatosi appena uno dei due avvenimenti (decorso del termine: compimento dell'impresa) la società rimane sciolta *di diritto*, cioè: *senza bisogno di una espressa deliberazione o dichiarazione dei soci, o di una pronuncia del giudice*. Nella seconda parte dell'articolo la legge dice che per reagire contro quelle due cause speciali di scioglimento, per paralizzare quelle due cause di scioglimento, i soci non hanno che un mezzo: una *espressa dichiarazione di proroga*. Qui i due avvenimenti: decorso del termine, compimento della impresa, non si considerano più soltanto come già avvenuti, ma anche come minaccianti in futuro la esistenza della società. In questa seconda parte dell'art. 190, i due casi di scioglimento sono considerati, per dir così, nel loro *momento di esistenza* e non più nel loro *momento di operazione*. Le conseguenze, future o presenti di quelle due cause di scioglimento non possono essere combattute dai soci con una *proroga tacita*. Ecco quello che dice la legge. E ragionevolmente dice ciò, in quanto che nella prima parte dell'articolo aveva stabilito che quelle due cause operano senza bisogno di una *espressa dichiarazione dei soci* (di diritto). Se, anche senza una espressa dichiarazione dei soci di volere lo scioglimento, la società si scioglie, è giusto, è naturale che la volontà di *prorogare* la società debba essere manifestata espressamente.

Ciò posto, possiamo domandarci perchè lo Sraffa, il quale, al pari di noi interpreta le due parti dell'art. 190 come *coordinate*, e non già la seconda come *subordinata* della prima, venga poi a così differente conclusione. La risposta non è difficile. La ragione è duplice: Lo Sraffa intende la frase: *scioglimento di diritto* in modo, per noi, assolutamente inaccettabile, e riferisce la seconda parte dell'art. 190 al *solo caso in cui le due*

cause di scioglimento non hanno ancora operato, escludendo il caso in cui esse hanno già operato.

Quanto alla frase « la società è sciolta *di diritto* » ecco come la intende lo Sraffa « Noi — dice egli (pag. 64) — siamo d'accordo col Nani nel non ammettere ciò (vale a dire che scioglimento di diritto significasse che la società cessa *ipso facto*, anche se occorra di regolarne definitivamente le sorti mediante la liquidazione) ed interpretiamo la frase *scioglimento di diritto* in modo che nè contraddice al principio della esistenza della società durante la liquidazione, nè esclude la interpretazione da noi data all'art. 190; *sciolta di diritto* vuol dire che, *se prima del decorso del termine questo non sia stato espressamente prorogato*, il primo periodo della vita sociale è *irrevocabilmente* finito per far luogo al secondo, quello cioè della liquidazione ». Questa interpretazione ha per me il difetto capitale di non essere altro che la formulazione apodittica del principio che costituisce appunto la tesi del mio egregio contraddittore: che cioè la proroga espressa possa avvenire solo *prima* e non anche *dopo* lo scioglimento. Forse che dalla nostra legislazione positiva tutta, e dal codice di commercio e dall'art. 190 stesso noi non possiamo desumere elementi bastevoli per farci un concetto esatto di ciò che il legislatore ha voluto dire colla frase « *sciolta di diritto* ? ». Mai più. Le consuete norme di ermeneutica legale e le disposizioni della legge positiva ci danno il modo di stabilire agevolmente che colla frase: « la società è sciolta di diritto » il legislatore ha voluto dire soltanto che, col verificarsi di quelle due cause di scioglimento, lo scioglimento avviene *ipso iure* per forza di legge, *senza bisogno di una espressa dichiarazione o deliberazione dei soci, o di una pronuncia del giudice*. Per convincersi della giustezza di questa interpretazione, basta considerare come in tal modo si armonizzi colla prima, la seconda parte dell'art. 190, che di quella diviene una giusta e legittima conseguenza. Basta coordinare la disposizione dell'art. 190 con quella dell'art. 96, il quale stabilisce che « la prorogazione della società oltre il termine stabilito nel con-

tratto deve risultare da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci » venendo così a spiegare opportunamente che cosa significhi la frase « sciolta di diritto » dell'art. 190. Basta infine por mente a che cosa, in genere, ha voluto alludere il legislatore, ogni volta che ha detto che un determinato effetto giuridico si produce « di diritto ». Un esempio assai chiaro e convincente ci porge a questo proposito l'art. 1165 cod. civ., il quale — come è noto — stabilisce che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione (1). E dopo aver stabilito pure che: « In questo caso il contratto *non è sciolto di diritto* » spiega la frase: « *non è sciolto di diritto* » aggiungendo: « La parte, verso cui non fu eseguita la obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente ». Invece la condizione risolutiva tacita opera *di diritto* nel caso dell'art. 1512 cod. civ.: dell'art. 67 cod. comm. Per altri esempi in cui la legge prescrive che determinato effetto giuridico si verifichi *di diritto* si veggia l'art. 41 cod. comm., l'art. 146 stesso codice. Da tutte queste disposizioni di legge, e da altre dello stesso genere, è facile desumere il principio generale che quando la legge ha stabilito che un

(1) Cfr. GIORGI, *Obbligazioni*, 5ª ediz., IV, Firenze 1899, pag. 219. Invece la risoluzione avviene di diritto cioè per il solo fatto dell'inadempimento senza bisogno di alcuna dichiarazione espressa nè della parte, nè del giudice, quando il patto commissorio fu, fin dal principio, stipulato espressamente. V. GIORGI, *op. cit.*, *loc. cit.*; TOULLIER, *Le droit civ. franç.*, VI, n. 554; MARCADÉ, *Espl. théorique et pratique du Code Napoléon*, sull'art. 1184; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sull'art. 1184, n. 36 e 37; AUBRY et RAU, *Cours de droit civ. franç.*, § 302. Anche nel diritto romano, la risoluzione avveniva *di diritto* cioè senza bisogno di alcuna richiesta: v. l. 4, § 4 *Dig. de lege commissoria*, XVIII, 3; l. 8 eod.; l. 7 *Cod. de pactis inter empt. et vend.*, IV, 54. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, II, § 249; VANGEROW, *Lehrbuch der Pand.*, I, § 96, pagina 154; GLÜCK, *Erlaut der Pand.*, XVI, pag. 271; PUCHTA, *Pand.*, 12ª ed., § 263 sub. 3.

fatto produca *di diritto* certi determinati effetti giuridici, ciò significa che *a quel fatto, senza bisogno che concorrano altre circostanze, la legge riannoda direttamente quei determinati effetti giuridici*. L'applicazione di questo principio al caso nostro è evidente. Dicendo che la società è « sciolta di diritto » l'art. 190 ha voluto che, verificatisi i due casi in esso previsti, lo scioglimento avvenisse per forza di legge, *senza bisogno del concorso della volontà dei soci nè del riconoscimento del giudice*. Questo e non altro ha voluto dire la legge: certo, non ha voluto anche che collo scioglimento di diritto si chiuda « *irrevocabilmente* » il primo periodo della vita sociale.

Quanto alla interpretazione che lo Sraffa dà alla seconda parte dell'art. 190, già dissi che egli giustamente ritiene non potersi la frase « nè [la società] può essere tacitamente prorogata » far dipendere come subordinata dalla prima parte dell'articolo, ma doversi invece intendere come coordinata alla prima e da questa indipendente. Da ciò sembrerebbe dovere derivare che lo Sraffa interpreti l'art. 190 come se fosse scritto così: « Decorso il termine stabilito per la sua durata, o compiuto l'oggetto della sua impresa, la società è sciolta di diritto. Per questi due casi di scioglimento non è ammessa la proroga tacita ». Invece lo Sraffa, *non soltanto nega la subordinazione della seconda parte dell'art. 190 dalla prima, ma rende la seconda parte di quell'articolo subordinata ad una proposizione che non esiste nel testo della legge e che suona perfettamente il contrario di quello che è scritto nella prima parte dell'art. 190*. Lo Sraffa in altri termini, non riferisce — come noi facciamo — la seconda parte dell'art. 190 genericamente ai due casi di scioglimento a cui si allude nella prima parte: ma, mentre nella prima parte si fa l'ipotesi di *già verificatosi* compimento del termine o dell'impresa, egli riferisce la seconda parte alla *sola ipotesi di non ancora verificatosi* compimento del termine o dell'impresa. Precisamente il contrario di quello che dice la legge!

E veniamo ora all'art. 853.

Questo articolo stabilisce: « Nel fallimento di una società

anonima che non si trovi in istato di liquidazione, il concordato può aver per oggetto la continuazione o la cessione della impresa sociale, ed in tal caso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore». Lo Sraffa da questa disposizione di legge trae un argomento che egli chiama « decisivo » a favore della sua opinione. Dice egli: « Se il concordato può contenere sempre la convenzione relativa alla prosecuzione della società, eccezione fatta per il caso in cui la società fosse in liquidazione, cioè disciolta, è evidente che nel sistema della nostra legge, vi è una insuperabile contraddizione fra la deliberazione di scioglimento d'una società e la probabilità della sua risurrezione » (pag. 66).

La deduzione è, al certo, sottile ed ingegnosa: ma molto pericolosa. Perchè se noi riusciremo a dimostrare che la legge, nell'escludere le società anonime già disciolte ed in liquidazione dal concordato avente per oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa sociale, ha avuto ragioni speciali sufficienti a giustificare l'eccezione, vien meno la necessità di ricercare la ragione di quella disposizione legislativa in una « insuperabile contraddizione tra la deliberazione di scioglimento di una società, e la possibilità della sua risurrezione ». E queste ragioni speciali, anche all'infuori della contraddizione voluta dall'autore esistono, e non sono di piccola importanza.

a) Ammettendo che la società già sciolta ed in liquidazione possa per volere dei soci, risorgere a nuova vita, noi richiediamo il concorso della volontà unanime di tutti i soci (1). L'accettazione del concordato da parte della società invece è fatta dall'assemblea deliberante a maggioranza, anche durante la liquidazione (art. 157 e 198) (2) e secondo alcuni, può esser fatta dai soli amministratori (3). Ma in caso di società già sciolta e in liquidazione, il concordato col quale si

(1) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 644.

(2) GUARIGLIA, *Il concordato*, Napoli 1892, pag. 314; SRAFFA, *Il fallim. delle soc. commerciali*; Firenze 1897, pag. 354.

(3) CUZZERI, *Commento al cod. di comm.*, Verona 1883, VI, pag. 672.

convenisse la continuazione dell'impresa, avrebbe per conseguenza il far risorgere all'antica vita una società già disciolta. Ciò non può farsi in sede di concordato: ma è necessario prima una deliberazione unanime che rimetta in vita la società. Questo ha detto l'art. 853 e non altro. Sicuramente un concordato che pattuisca la *continuazione dell'impresa* presuppone la *possibilità che l'impresa continui*, il che è possibile solo *quando la società non è più in liquidazione*. Ma ciò non vuol dire, anche, che ai soci sia vietato, prima di stipulare il concordato, di far cessare lo stato di liquidazione. La frase « *che non sia in istato di liquidazione* » si spiega dunque benissimo, ammettendo che il legislatore ha voluto, nel caso di società già in liquidazione, che la deliberazione di rimettere in vita la società preceda il concordato, appunto perchè quella deve essere unanime mentre per stipulare il secondo basta la semplice maggioranza.

b) Un'altra prova che l'art. 853 non presuppone affatto una inconciliabile contraddizione tra la deliberazione di scioglimento di una società e la sua risurrezione, si ha in ciò che la legge vieta alle società in liquidazione non solo il concordato avente per oggetto la *continuazione* dell'impresa, ma anche quello avente per oggetto la *cessione* dell'impresa. Ciò dimostra che scopo della legge è stato soltanto quello di non permettere che i creditori venissero troppo facilmente accontentati sia colla promessa di un integrale pagamento sugli utili dell'impresa da continuarsi per conto sociale, sia colla cessione attuale e diretta della impresa stessa, quando, per essere già stata posta in liquidazione, l'azienda sociale fosse ormai seriamente compromessa. La contraddizione c'è, dunque: ma non è quella veduta dallo Sraffa tra la deliberazione di sciogliere la società e la sua risurrezione: è invece tra una impresa sociale già in liquidazione e il *concordato* avente per oggetto il soddisfacimento dei creditori mediante gli utili futuri della impresa o la cessione attuale dell'impresa stessa. Il che è ben differente.

Un altro, dei concetti generali dominanti tutta l'ampia,

completa, lucida trattazione dello Sraffa, è questo: che le disposizioni scritte nella legge circa la liquidazione, hanno carattere *sussidiario*: si applicano cioè soltanto quando i soci non abbiano diversamente stabilito. Ma, per compenso, i soci non possono esercitare questa facoltà loro spettante di regolare come credono più opportuno la liquidazione sociale, se non nell'atto costitutivo o nello statuto. (V. seconda edizione, pag. 73, 74, 147 ecc.: 1ª edizione, pag. 67 e 68). Ma questo principio che egli rigidamente accetta e rigidamente tien fermo durante tutta la trattazione reca alcune volte non poco impaccio all'autore. Egli è così costretto ad apertamente riconoscerlo quando, con molta ragione, sostiene non potersi nello statuto o nell'atto costitutivo validamente stabilire che i liquidatori, prima che siano soddisfatti i creditori, paghino ai soci delle somme sul capitale versato. Trovo giustissima anche io la opinione dello Sraffa e la trovo giusta appunto perchè dubito molto della esattezza di quel principio generale per cui i soci potrebbero sempre, a patto soltanto che lo facciano nell'atto costitutivo o nello statuto, derogare alle norme scritte nel codice sulla liquidazione delle società commerciali.

È vero che l'art. 197 cod. comm. posto sotto la rubrica « *della liquidazione in generale* » incomincia colle parole: « Se l'atto costitutivo o lo statuto della società non ha determinato il modo della liquidazione e della divisione dell'asse sociale, si osservano le regole seguenti ». Dal quale articolo parrebbe naturale dovesse dedursi, per interpretazione *a contrario*, che le regole scritte nel codice non si osservano, quando invece l'atto costitutivo o lo statuto abbiano determinato il modo della liquidazione e della divisione. Sarebbe logico, in altri termini, interpretare l'art. 197 princ. nel senso, che le norme scritte nella legge sulla liquidazione sono meramente sussidiarie, e che a *tutte* può derogare la volontà dei soci, quando sia dichiarata nello statuto o nell'atto costitutivo. Eppure a me sembra che il trarre questa conseguenza dall'art. 197 princ. sia uno spingere troppo in là l'uso

della interpretazione *a contrario*: e che, invece, la portata di quella disposizione legislativa, debba dall'interprete restringersi, per non dar luogo a gravissimi inconvenienti teorici e pratici. Per me adunque, lo affermo nettamente senza dissimularmi la gravità della mia opinione (1), il principio che si può desumere dall'art. 197 princ. sulla sussidiarietà delle norme scritte nel codice sulla liquidazione, *non è un principio generale dominante tutta la materia della liquidazione: ma la sua portata deve essere ristretta ai soli capoversi primo e secondo dello stesso art. 197*. Per non oltrepassare di troppo i limiti di una recensione, non starò qui a dare una lunga dimostrazione di ciò che asserisco. Parmi tuttavia che tre argomenti, desunti tutti dalla legge costituita, la confortino in modo, da renderla meritevole della benevola attenzione degli studiosi.

a) Anzitutto, la posizione stessa del principio dell'articolo 197. Se la regola in esso stabilita avesse dovuto dominare tutte le norme scritte dalla legge sulla liquidazione, il legislatore avrebbe avuto cura di ciò stabilire mediante una disposizione di legge isolata, appunto per far comprendere come fosse quella una regola generale per tutta la materia. Esempi di tal genere ce ne fornisce parecchi la nostra legislazione civile: vedi ad es.: gli art. 673, 1557, 1647, 1668, 1686, 1695 cod. civ., 604 cod. comm. ecc. L'essere invece la disposizione dell'art. 197 princ. cod. comm. scritta nel contesto di un articolo contenente altre norme, dimostra che la sua efficacia deve essere limitata alle sole norme dell'art. 197, e non anche estesa a quelle degli articoli seguenti. Al che fare del resto osta materialmente il 3° capoverso dell'articolo, il quale in modo esplicito arresta la portata della prima parte dell'articolo stesso, collo stabilire una norma imperativa indipendente affatto dalle disposizioni dell'atto costitutivo o dello

(1) Il mio dissenso è tanto più grave, in quanto che la dottrina dello Sraffa su questo punto pare sia stata accolta dal VIVANTE, *Trattato*, II, n. 686 e nota 15; n. 690.

statuto: «Qualunque sia il disposto dell'atto costitutivo o dello statuto della società, l'atto di nomina o la sentenza che la contiene ed ogni successivo atto che importi cambiamento nelle persone dei liquidatori devono essere, a cura di essi, depositati e pubblicati ecc.». Nè si tragga profitto da ciò che l'art. 197 princ. è posto sotto il paragrafo della sezione VI avente per titolo «*della liquidazione in generale*». Da questo titolo, confrontato con quello dei due paragrafi seguenti: «*Norme speciali per la liquidazione delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice*»; «*Norme speciali per la liquidazione delle società in accomandita per azioni ed anonime*» si può solo desumere che le regole in esse scritte sono comuni alle due specie di società, ma non già che esse siano regole generalissime, aventi una qualche preminenza sulle altre dei due paragrafi seguenti. No: si tratta di regole che possono adattarsi ad ogni specie di società, ma aventi oggetto affatto diverso da quello dei paragrafi seguenti: parallele perciò e non dominanti a quelle che vengono in seguito. Il certo è che l'essere la disposizione dell'art. 197 princ. posta in un articolo contenente altre norme: l'essere a breve distanza seguita da un capoverso, in cui la disposizione stessa è, senz'altro, messa in disparte, ci dà la misura esatta del valore e dei limiti di quella disposizione. Essa vale soltanto per le regole scritte nei primi due capoversi dell'articolo e non estende affatto la sua portata a tutti gli articoli della sezione VI.

b) In secondo luogo, deve osservarsi che quando la legge ha voluto che si potesse derogare alle sue disposizioni l'ha detto esplicitamente. L'ha detto nell'art. 197, l'ha detto nell'art. 203, l'ha detto nell'art. 210. Ora se — come si vuole — l'art. 197 princ. contenesse una norma dominante tutta la materia della liquidazione, che bisogno avrebbe avuto la legge di ripeterla altre volte, e perchè l'avrebbe ripetuta proprio soltanto nei casi degli art. 203 e 210? L'argomento mi sembra così grave e perentorio, che non vi insisterò maggiormente.

e) Infine, vi sono alcune disposizioni nella sezione VI che evidentemente furono dalla legge scritte a tutela dei terzi, a tutela della buona fede, per motivi d'ordine pubblico ed alle quali perciò non si comprende come, sia pure nell'atto costitutivo o nello statuto, i soci potrebbero, di loro arbitrio, derogare. Come si potrebbe, ad esempio, derogare alla disposizione dell'art. 198 capov. 1^o, con la quale perchè « i terzi che contraggono colle società conoscano la condizione in cui essa si trova » (1) è prescritto che tutti gli atti emanati da una società disciolta, debbano indicare che essa è in liquidazione? Come si potrebbe derogare alla disposizione dell'art. 202, il quale obbliga i liquidatori, quando i fondi disponibili della società non siano sufficienti a pagare il passivo esigibile, a chiedere ai soci le somme necessarie di cui essi siano debitori? Come si potrebbe derogare alla norma dell'art. 207 per cui la liquidazione non libera i soci e non è di ostacolo alla dichiarazione di fallimento? Come si potrebbe derogare al disposto dell'art. 218, il quale vuole che compiuta la divisione, i libri della società cessata devono essere depositati e conservati per cinque anni presso il tribunale di commercio e dà facoltà ad ogni interessato di esaminarli, purchè anticipi le spese occorrenti?

Del resto questo concetto della non derogabilità di molte delle disposizioni concernenti la liquidazione, è espresso abbastanza chiaramente nei lavori preparatori del Codice ed in specie nella *Relazione Mancini*. La quale contiene queste esplicite, testuali parole: « Un esame accurato delle migliori legislazioni straniere, ed uno studio profondo delle questioni più frequenti e dei veri bisogni della pratica, misero in grado la Commissione del 1869 di formulare una serie di articoli, nei quali la grave materia delle liquidazioni può dirsi completamente regolata, non solo per ciò che occorre di supplire in alcuni casi alle lacune degli statuti sociali, ma anche in quanto il pubblico benessere richiede che le guarentigie im-

(1) SRAFFA, pag. 163.

ste alle società commerciali, durante il periodo della loro vita, non vengano a sparire nel periodo più pericoloso della liquidazione, cioè che lascerebbe spogli di difesa importanti interessi ».

Alla nostra interpretazione dell'art. 197 princ. cod. comm. si potrebbe forse opporre che la lettera di quella disposizione di legge sembra indicare che essa si riferisce a tutte le fasi della liquidazione ed anche alla divisione e non soltanto alla nomina dei liquidatori ed al modo di provvedere alla conservazione dei beni sociali fino alla nomina medesima, argomenti di cui si occupano i capov. 1° e 2° dell'art. 197. Ma la lettera della legge, per la quale « si applicano le disposizioni seguenti » se « l'atto costitutivo o lo statuto della società non ha determinato *il modo della liquidazione e della divisione dell'asse sociale* » non importa di necessità che « le disposizioni seguenti » siano *tutte* quelle relative alla liquidazione ed alla divisione. Se l'art. 197 princ. parla anche della divisione ciò è perchè ai liquidatori è affidato anche il compito di provvedere alla divisione e perciò la nomina di essi fa anche parte delle norme riguardanti la divisione. L'art. 197 princ. può del resto anche intendersi nel senso che le disposizioni concernenti la nomina dei liquidatori e i provvedimenti conservativi da adottarsi dopo lo scioglimento, si applicano solo quando nello statuto non sia stabilito un altro modo di definire i rapporti sociali. È noto che non opponendovisi l'interesse dei terzi, si può fare a meno di una formale liquidazione (1): a questa eccezione ha voluto alludere appunto l'articolo 197 princ.

Dai ragionamenti fin qui fatti e dalle prove esposte io traggio le seguenti conseguenze:

(1) V. VIVANTE, II, num. 684; SRAFFA, pag. 26; LYON CAEN et RE-
NAULT, *Traité de droit commercial*, II, n. 363; cod. germ. del 1897 § 145;
STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin 1899, pag. 472 annotazione
6; COSACK, *Handbuch des Handelsrechts*, pag. 560; BEHREND, *Lehrbuch des Han-
delsrechts*, § 82.

a) non è vero che nello statuto o nell'atto costitutivo si possa derogare a *tutte* le disposizioni scritte nella legge sulla liquidazione delle società commerciali ;

b) e perciò non è vero che, quando la legge ha permesso la deroga da parte dei soci alle disposizioni da essa stabilite, *senza aggiungere che ciò può farsi soltanto nell'atto costitutivo o nello statuto* (es.: art. 203) solo nell'atto costitutivo o nello statuto tale deroga possa essere ammessa.

È questa una pura e semplice conseguenza del principio enunciato sotto la lettera a), perchè se la disposizione dell'articolo 197 princ. vale soltanto per il capoverso primo e secondo dello stesso articolo, la restrizione posta alla facoltà dei soci di derogare alle disposizioni legislative solo nell'atto costitutivo o nello statuto, non può estendersi ad altri articoli. In ispecie, quando la legge enumera all'art. 203 gli atti che possono fare i liquidatori aggiungendo alla enumerazione « salvo le maggiori o minori facoltà ricevute dai soci » non si può ritenere, come pur fa il nostro autore — (V. ad es.: pag. 146) — che tali maggiori o minori facoltà possano essere date soltanto nell'atto costitutivo o nello statuto.

Una conferma di questa interpretazione dell'art. 203 e quindi anche della interpretazione che noi diamo all'art. 197 princ. ci porge la pratica. In tutti i non pochi atti di liquidazione da me veduti nella cancelleria del tribunale di Roma, sono enumerate le facoltà che i soci intendono conferire ai liquidatori e *appunto negli atti di liquidazione e non negli statuti*, vediamo estese o diminuite le facoltà concesse ai liquidatori dall'art. 203. Così ai liquidatori, *nell'atto di liquidazione*, è spesso concessa la facoltà di vendere gli immobili sociali, prescindendo dalla formalità degli incanti (1) ; è concessa fa-

(1) Atto di liquidaz. 25 novembre 1895, *Cancell. del Trib. di Roma*, reg. trascr. n. 382 ; 9 dicembre 1895, reg. trascr. n. 381 ; 25 aprile 1895, reg. trascr. n. 194 ; 30 marzo 1895, reg. trascr. n. 178 ; 10 agosto 1895, reg. trascr. n. 330 ; 3 agosto 1897, reg. trascr. n. 352.

oltà di contrarre mutui ipotecari (1), è data in genere facoltà di « prendere tutte le disposizioni e fare tutti gli atti e contratti che, quantunque non tassativamente indicati nel detto articolo del codice (il 203), risultino opportuni per la liquidazione della società » (2).

Ed il perchè di questo sistema della legge e della pratica è facilmente trovato. Se (contro il disposto letterale dell'articolo 203) si volesse costringere i soci a determinare solo nello statuto e nell'atto costitutivo le facoltà dei liquidatori, troppo spesso quelle facoltà resterebbero costrette entro i limiti uniformi e rigorosi del codice di commercio, giacchè è noto che il pensiero della liquidazione ben di rado preoccupa la mente di chi intraprende un affare: e perciò spesso gli statuti e gli atti costitutivi non contengono norme precise sulla liquidazione e sulle facoltà dei liquidatori. È solo al momento della liquidazione che vi si pensa: e nell'atto di liquidazione di regola si restringono o si ampliano i poteri dei liquidatori, il mandato dei quali è giustamente qualificato dal Tartufari come avente una *estensione presuntiva stabilita dalla legge a favore dei terzi di buona fede* (3), estensione *presuntiva* che deve venir meno di fronte alla estensione *effettiva* voluta dai soci e conosciuta dai terzi.

I principî da noi posti sono fecondi di pratiche conseguenze. Da essi per esempio esce rafforzata l'opinione giustamente professata dallo Sraffa che neppure nello statuto e nell'atto costitutivo si può derogare alla norma dell'art. 201 capov. cod. di comm. per cui è vietato ai liquidatori, sotto la grave sanzione penale dell'art. 247 n. 6, di pagare somme ai soci sul capitale versato, prima che siano pagati i creditori sociali (pag. 74 e seg.).

(1) V. ad es. atto di liquidazione 30 marzo 1895, *Canc. del trib. di Roma*, reg. trascr. 1895, n. 178.

(2) V. atto di liquid. 25 aprile 1895, reg. trascr. n. 194.

(3) TARTUFARI, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino 1892, pag. 226 e 306.

La disposizione dell'art. 201 capov. è evidentemente posta a tutela dei creditori sociali, di cui i soci non possono, neppure nello statuto o nell'atto costitutivo, diminuire le garanzie. La giustificazione *logica* data dallo Sraffa della sua opinione, che l'art. 201 capov. sia una applicazione del principio generale per cui il capitale sociale sta a garanzia dei terzi, e questa garanzia non può essere tolta o diminuita per altro modo che riducendo il capitale sociale, è evidentemente benissimo trovata e risponde al vero. Ma, data la interpretazione accolta comunemente dell'art. 197 princ., basterebbe essa a vincere l'argomento esegetico dedotto da un confronto tra l'art. 197 princ. e l'art. 201? Ne dubito. Allo Sraffa si potrebbe sempre rispondere che questa volta la legge ha, testualmente, data ai soci tale facoltà, al solo patto che la esercitino nell'atto costitutivo o nello statuto. Ma se invece si sottrae l'art. 201 al dominio dell'art. 197 princ. l'argomento esegetico che ci si oppone vien meno e resta la logica spiegazione data dallo Sraffa a giustificare il carattere imperativo della norma contenuta nell'art. 201 capov.

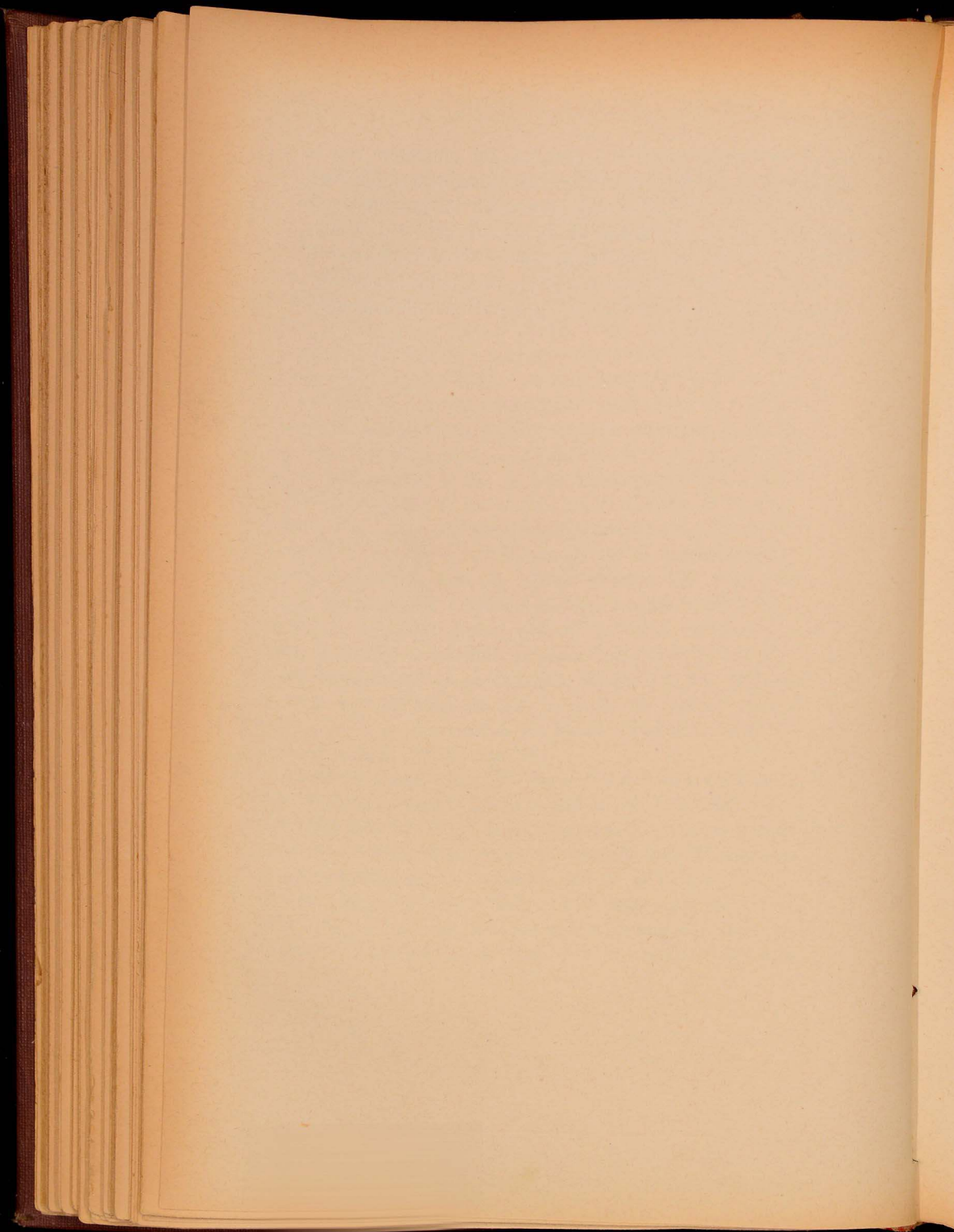
Un'altra questione ancora riceve luce dai principî suesposti: ed è quella di sapere se è possibile che i soci nominino, dopo posta in liquidazione la società, persona, all'infuori dei liquidatori, specialmente incaricata di rappresentare in giudizio la società per particolari rapporti e giudizi. La risposta affermativa, data dalla Corte d'appello di Roma, nella sentenza 8 giugno 1895 (*Legge* 1895, 2, 149) è ritenuta erronea dallo Sraffa che sostiene invece molto energicamente che ciò non può essere, opponendovisi l'art. 197, il quale prescrive appunto che le facoltà concesse ai liquidatori siano stabilite nel solo atto costitutivo o nello statuto (pag. 144 e seg.). Credo anche io che a quella questione, formulata come è fatto nella sentenza citata della Corte di Roma, si debba dare risposta negativa. All'ammettere che altre persone, all'infuori dei liquidatori, possano rappresentare in giudizio la società, osta testualmente l'art. 198 princ. cod. comm., il quale prescrive in modo tassativo che, pubblicato l'atto legale di liquidazione,

nessuna azione in favore della società o contro di essa può essere esercitata, se non in nome dei liquidatori o contro di essi. Ma — come ho accennato in altra occasione (1) — lo scoglio dell'art. 198 è evitato, quando, invece di chiedere se altre persone, *all'infuori dei liquidatori*, possano essere chiamate straordinariamente a rappresentare in giudizio la società, si domandi invece se i soci, dopo iniziata la liquidazione, possano dare la rappresentanza giudiziale della società, ad altre persone, *all'infuori dei liquidatori in carica*. A questa domanda si può tranquillamente rispondere in modo affermativo. Queste altre persone saranno anche esse liquidatori, con mandato speciale e limitato è vero, ma, poichè l'articolo 203 concede ai soci facoltà di ampliare o restringere i poteri dei liquidatori, *anche all'infuori dell'atto costitutivo o dello statuto*, non vedo difficoltà al permettere che i soci diano a questi liquidatori nuovi la sola facoltà di rappresentare in giudizio la società, e questa facoltà tolgano agli altri liquidatori già in carica. Difficoltà poi alla nomina di nuovi liquidatori con mandato speciale non ve ne sono, purchè la nomina sia fatta col consenso unanime dei soci, nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, e col consenso di tanti soci che rappresentino la metà del capitale sociale, nelle società in accomandita per azioni ed anonime (art. 197, 210 cod. comm., Sraffa, pag. 98).

Queste le osservazioni più importanti sui punti fondamentali, dominanti tutta la materia trattata nel libro veramente pregevole dello Sraffa. Un esame approfondito di tutte le questioni che l'autore studia con rara competenza richiederebbe una monografia, mentre il presente scritto già ha superato i limiti di quello che voleva essere, cioè una semplice recensione. Ma molte, molte altre pagine del volume meritano l'attenzione e la lode degli studiosi: cito ad esempio l'elegante

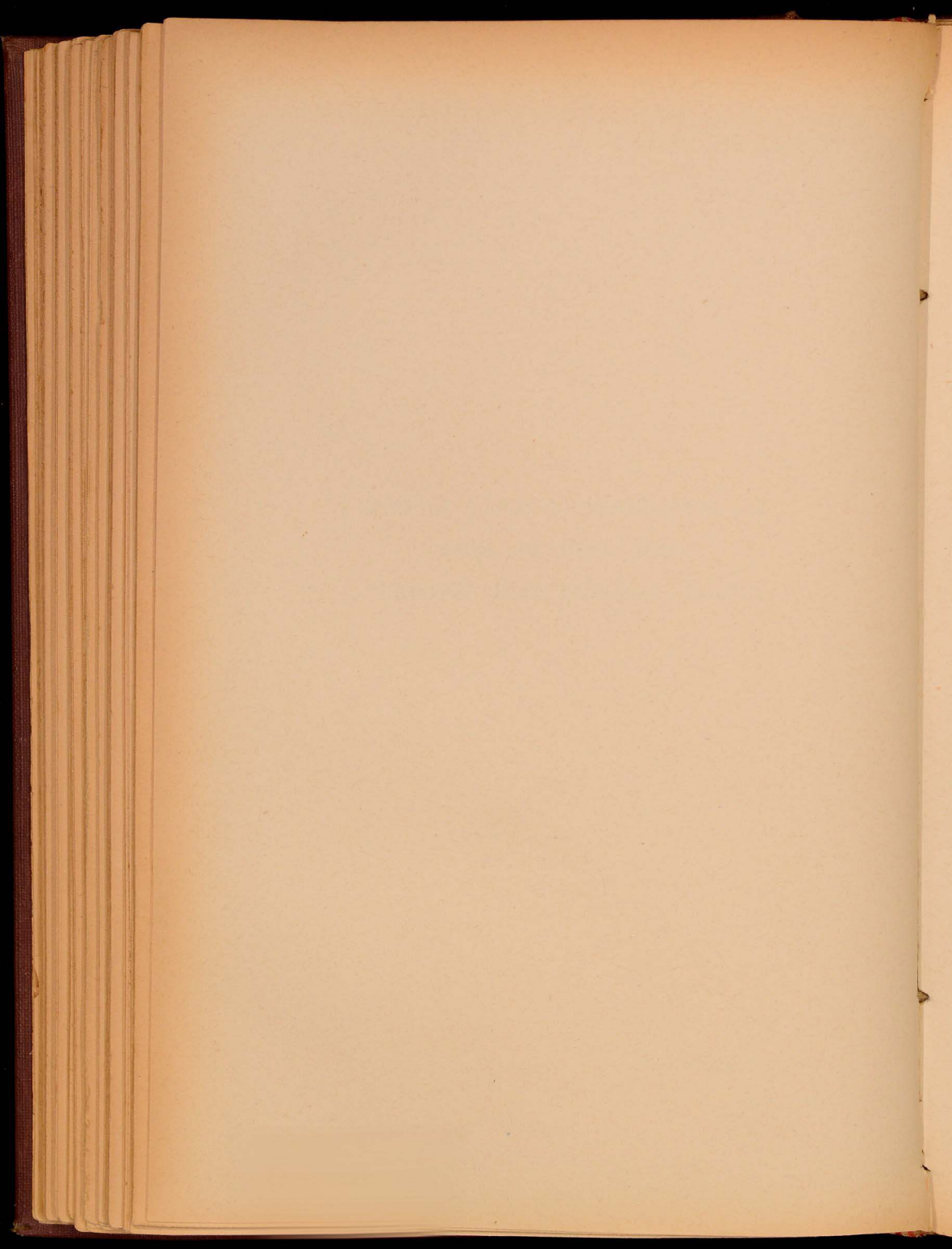
(1) V. il mio volume *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, Torino, Bocca edit., 1898, n. 105.

questione della validità dei contratti del liquidatore con sè medesimo che l'autore affronta così dal lato storico che dall'eseggetico e risolve in modo affatto persuasivo: la questione concernente i diritti dei liquidatori per ottenere dai soci le somme che siano tenuti a somministrare, quando i fondi della società non siano sufficienti a pagare il passivo esigibile: la questione che riguarda l'applicabilità della prescrizione quinquennale alle società irregolari.



LA CONTINUAZIONE DELLA SOCIETÀ
COGLI EREDI DEL SOCIO
ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE *

* *Giurisprudenza Italiana*, 1901.



SOMMARIO: — I. Cenni storici e critici. — 1. La continuazione della società nel diritto romano. — 2. Nel diritto intermedio e nelle legislazioni vigenti. — 3. Risultati dell'indagine storica. — 4. Favore della pratica e disfavore della dottrina per il patto di continuazione. Critiche e proposte del Vivante. — 5. Nostre obiezioni e proposte.

II. Il fondamento della continuazione. — 6. Osservazioni sui criteri di interpretazione di alcuni autori francesi e tedeschi. — 7. La continuazione obbligatoria della società fino al termine del contratto non può ottenersi che mediante patto contrattuale. — 8. Momento in cui può essere stipulato il patto e persone tra cui può essere stipulato. — 9. Il patto può essere stipulato così espressamente che tacitamente. — 10. Requisiti di forma e di pubblicità richiesti per il patto di continuazione. — 11. Varie specie di patti di continuazione. — 12. Efficacia del patto di continuazione. — 13. Continuazione per mancata denuncia.

III. Gli eredi continuanti. — 14. Chi si intende per erede. È escluso il legatario. — 15. Continuatore designato. — 16. Erede di erede.

IV. Gli effetti della continuazione. — 17. I principi e le applicazioni. — 18. All'eredità beneficiario. — 19. All'eredità minore nel caso di società regolare. — 20. All'eredità minore nel caso di società irregolare. — 21. All'eredità donna maritata. — 22. Al caso di più coeredi. — 23. All'eredità del socio amministratore.

I.

1. — La regola, scritta nell'art. 1729, cod. civ., e ripetuta, per le società in nome collettivo e per le società in accomandita (limitatamente agli accomandatari), nell'art. 191 cod. comm., per la quale la morte di un socio è causa di scioglimento della società, risale fino al diritto romano classico, e più precisamente, come afferma in modo assai reciso il Per-

nice, fino ai tempi della repubblica (1). Le idee romane sulla società, sulle obbligazioni, sull'eredità, dovettero dare e dettero a questa regola un rigore assoluto. La natura strettamente personale del vincolo sociale, fondato esclusivamente sulla mutua fiducia dei soci, il concetto che non fosse possibile contrattare con una persona incerta e sconosciuta al momento del contratto, il principio generale vigente in materia di obbligazioni: *ab heredis persona obligationem incipere non posse* (2), spinsero il rigore di quella norma fino al divieto del patto di continuazione della società cogli eredi (3). Per il diritto romano classico la morte di un socio segnava inesorabilmente la fine della società, la quale non solo non poteva

(1) PERNICE, *M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im erste Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle 1873, pag. 295, sub. 8. L'esistenza della regola nel diritto romano classico è affermata da molti testi: V. GAIO, *Inst.*, III, § 152: « Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit ». MODESTINUS, lib. III, *Regularum*: Dig., I, 4, § 1, *pro socio*, XVII, 2: « Dissociamur renunciatione, morte, capitis minutione et egestate ». Cfr. PERNICE, *op. cit.*, pag. 294; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi 1898, pag. 567, sub. III; MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4^a ediz., Bruxelles 1877, II, § 228, pag. 287, sub. B; BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*, Firenze 1896, § 164.

(2) V. GAIO, *Inst.*, III, 100: « Denique inutilis est talis stipulatio si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? vel ita: post mortem tuam dari spondes? valet ante, si quis ita dari stipuletur: cum moriar dari spondes? vel ita: cum morieris dari spondes? id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem ». Cfr. anche GAIO, *Inst.*, III, 117; III, 158; WINDSCHEID, *Pand.*, § 316, nota 9 e 10; SAVIGNY, *Obligationenrecht*, trad. HIPPERT, Bruxelles-Parigi, 1873, I, § 59, nota 9, pag. 142 e § 61, pag. 147.

(3) ULP., lib. XXX, *ad Sabinum*, l. 35, princ. *pro socio*, Dig., XVII, 2: « Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit ». POMPONIUS, lib. XII, *ad Sabinum*: « Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possumus, ut heres etiam succedat societati ». Vedi GIRARD, *op. cit.*, loco cit.; PERNICE, *op. cit.*, pag. 294: « Dieser Satz ist absolut: er kann nicht durch Verträge abgeändert, die Gesellschaft als solche also weder nach dem Tode eines Socius erhalten noch auf Erben oder gar auf Singular-succesoren erstreckt werden ». MAYNZ, *op. cit.*, pag. 288, nota 10; PUCHTA, *Pand.*, § 372, sub. 2.

essere continuata cogli eredi, ma assai probabilmente neppure tra i soci superstiti (1).

Questa norma rimase come regola anche nel diritto giustiniano (2), ma temperata da numerose eccezioni. Si dichiarò espressamente valido il patto di continuare la società fra i superstiti (3); nelle *societates vectigalium*, che presentavano molti lati di pubblico interesse, ebbe efficacia il patto di continuare la società cogli eredi del socio (4). Il rigore del divieto

(1) Deduco ciò da un confronto tra la l. 65, § 9, D. h. t., il § 5, de societate, Inst., III, 25, e il § 152, GAIO, Inst., III.

GAIO dice: « Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit ».

GIUSTINIANO, nelle Inst. dice: « Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit ».

Il frammento del Dig., l. 65, § 9 (PAULUS, lib. XXXII, ad Edictum) è così concepito: « Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit ».

Da questo confronto mi sembra di poter concludere che la l. 65, § 9, Dig. h. t. è interpolata. Il frammento del giureconsulto PAOLO si arrestava probabilmente alla parola *supersint*, con che egli riproduceva semplicemente la regola, data anche da GAIO: la restrizione e l'eccezione; *nisi aliter convenerit*, è probabilmente opera dei compilatori. La quale ipotesi viene giustificata: 1° dalla formula restrittiva *nisi* usata per dichiarare la eccezione, formula — come è noto — consueta ai compilatori; 2° dalla struttura grammaticale della frase: *nisi aliter convenerit* colla forma verbale *convenerit* usata impersonalmente, la quale costruzione è evidentemente estranea al periodo classico; 3° da un confronto tra il frammento delle Inst. di GAIO con il corrispondente di GIUSTINIANO. Questi dopo aver dato la regola traendola da GAIO, la ripete, colle parole di PAOLO, ma molto modificate: ora le alterazioni recate al fr. di PAOLO nelle Istituzioni fan presumere che esso sia stato alterato anche nel Digesto; 4° dalla contraddizione esistente tra questo fr. e la l. 59 pr. Dig. pro socio, XVII, 2: « Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possumus ut heres etiam succedat societati ».

(2) Inst., § 5, de soc.; III, 25; l. 35, pro socio, Dig., XVII, 2; l. 52, § 9; l. 65, §§ 9 e 11; l. 65, § 10, Dig. h. t.

(3) L. 65, § 9 citato alla nota 1.

(4) L. 59, pr., Dig. h. t.: « Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possumus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait. In societate vectigalium nihilominus manet societas, et post mortem alicuius... ». Vedi MAYNZ, op. cit., pag. 287, nota 8; PUCHTA, Pand., § 372, pag. 551.

di quest'ultimo patto nelle altre specie di società dovette essere molto temperato, quando Giustiniano abrogò la regola generale: *ab heredis persona obligationem incipere non posse*, e vi sostituì l'altra: *ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes: ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur* (1). Tuttavia restava sempre contro la validità del patto di continuazione cogli eredi il doppio ostacolo proveniente dall'impossibilità di contrattare *cum incerta persona*, e dal divieto dei patti successori. Se infatti l'erede non era designato si aveva un contratto *cum incerta persona*; se lo era, il patto di continuazione si riteneva un patto successorio (2).

2. — Le origini e le forme primitive delle società in nome collettivo dovettero di necessità condurre alla violazione del divieto sancito dal diritto romano contro il patto di continuazione della società cogli eredi. Questa forma di società sorse — assai verosimilmente — da quella società familiare che esisteva così nel diritto romano come nel germanico (3); lo sviluppo delle industrie e dei commerci, la co-

(1) *L. un. ut act. et ab her. et contra her. incipiant*, *Cod.*, IV, 11; WINDSCHEID, *Pand.*, § 408, nota 11.

(2) V. MAYNZ, *op. cit.*, pag. 288, nota 10.

(3) È questa l'opinione più diffusa sulle origini della società collettiva: v. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano 1884, pag. 160; LASTIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts* nella *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XXIV, pag. 445 e segg.; WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, Stuttgart 1889, pag. 44-97; VIVANTE, *Trattato di dir. commerciale*, Torino 1893-900, I, n. 295. Ed anche il GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, pag. 279 e segg., pag. 285 e segg., che nega l'importanza preponderante dell'associazione familiare nelle origini della società in nome collettivo, afferma (pag. 287): « Thatsächlich wiegt zwar noch immer das Familienband vor-daher in den Statuten und der Doktrin noch immer die *societas fratrum* den Ausgangspunkt bildet. Allein rechtlich ist es der Societatsvertrag nebst sonstigen voluntären Akten (Consens, Vollmacht u. dgl.) auf welchem wie die Entstehung, so wesentlich der Umfang der Rechte und Pflichten beruhen ». Se pure adunque la società familiare non fu l'origine della società in nome collettivo, sicuramente le prime società di tal sorta si costituirono più di frequente fra i membri della

stituzione di grandi case commerciali che non potevano andare liquidate e disperse per la morte del loro fondatore, diedero origine a quelle società commerciali potentissime del medio-evo, che si trasmettevano di generazione in generazione. Ed è così che, ad onta dei principii rigorosi e delle rigorose sanzioni del diritto romano, noi abbiamo menzione di società durate fino a 150 anni (1): prova evidente che la morte non riusciva a scuotere quelle salde compagini, nelle cui mani stava la fortuna e la ricchezza delle repubbliche italiane del medio-evo (2).

Come ciò possa essere avvenuto, mentre i dottori, sulle orme del diritto romano, continuavano ad insegnare che la società si scioglie per la morte di un socio, malgrado qualunque patto di continuazione cogli eredi (3), non è facile dire, tanto più che gli statuti, in cui l'equità mercantile bat-

stessa famiglia: fra il padre ed i figli; tra i fratelli eredi dell'industria paterna. V. WEBER, *op. cit.*, pag. 69 e segg., pag. 117 e segg., pag. 121 e segg., pag. 132 e segg.; GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pag. 286, nota 162. Giustamente pertanto il WEBER, *op. cit.*, pag. 129 osserva: « Die Familie ist die natürliche Basis der industriellen Gemeinschaft und nur die von den Vätern auf die Söhne und Enkel sich fortsetzende straffe Zusammenfassung der grossen Kapitalien konnte deren Machstellung Dauer verleihen ».

(1) Così la compagnia degli Alberti durata dal 1401 al 1535, dei Soderini, dal 1403 al 1525, degli Strozzi, dal 1404 al 1573. V. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 287, nota 107. Un altro esempio di lunga durata ci porge Giovanni Villani il quale racconta che la compagnia delli Scali, Amieri e figliuoli Pietri di Firenze, fallita nel 1326, contava oltre 120 anni di esistenza. V. VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 635, nota 2; WEBER, *op. cit.*, pag. 131.

(2) La società dei Peruzzi nel 1319 aveva otto soci della Casa Peruzzi, due della Casa Baroncelli, sei di altre Case: la stessa società nel 1339 aveva undici soci della Casa Peruzzi, tre della Casa Baroncelli, due della Casa Soderini e quattro di altre Case: prova evidente della continuazione della società cogli eredi. V. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pag. 287, nota 167. Anche il CUSUMANO, *Storia dei banchi della Sicilia. I Banchi privati*, Roma 1887, pag. 77, dandoci l'elenco dei banchieri siciliani dei secoli XV e XVI, ci fornisce prove della continuazione di società cogli eredi. Importante è l'esempio del banco Cosimo Xirotta e soci, pisano, durato dal 1516 al 1546 (pag. 82). Mentre già nel 1539 si ha menzione di un banco degli eredi di Cosimo Xirotta (pag. 83), il che dimostra la continuazione della società cogli eredi Xirotta.

(3) BARTOLUS a Saxoferrato (1357), sulla l. 59 *Dig. pro socio*, Venetiis 1603, I, pag. 108.

teva in breccia le norme rigorose del diritto romano, sono in genere poveri di norme sullo scioglimento delle società (1). Ma il sistema di pubblicità dei contratti sociali vigente fin dal 1300 in Firenze ed in altre città italiane, il quale imponeva la registrazione non solo della costituzione della società, ma di tutti i successivi mutamenti, ed in ispecie dello scioglimento (2), ci spiegano come potesse avvenire che la società fosse tacitamente continuata, malgrado la morte del socio. E perciò la continuazione tacita, per mancata denuncia da parte dei soci superstiti e degli eredi del socio defunto, e per mancata trascrizione di essa nel registro delle società, dovette essere la prima forma di continuazione della società cogli eredi. Ciò ci è attestato dagli autori e dalle decisioni delle Rote, che giustificano quella continuazione tacita, anche nel caso in cui vi fossero eredi minori, dicendo che se i soci continuano a far spendere il nome della società, questa s'intende tacitamente rinnovata, alle stesse condizioni del contratto finito (3).

Ma evidentemente questa dottrina dava alla continuazione della società cogli eredi una base troppo instabile: se l'erede o i consoci avessero denunciata la società, questa era sciolta

(1) V. LATTES, *op. cit.*, pag. 162.

(2) V. LATTES, *op. cit.*, pag. 162 e 170, nota 69; VIVANTE, *op. cit.*, I, n. 286 e nota 43; GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pag. 277; LASTIG, *Florentiner Handelsregister des Mittelalters*, Halle 1883, pag. 15 e segg., 27 e segg.

(3) STRACCA, *De Mercatura* (parte II, n. 54, ediz. veneta, pag. 42); *Decisiones Rotae Genuae de Mercatura*, Lugduni 1621, dec. LXVI, n. 1, pag. 171: « Si autem non apparet quod tacite sit renovata, et de modis et temporibus nihil expressum, praesumitur renovata cum illis pactis, modis et temporibus cum quibus a principio fuit ordinata ». Ombrosius, *Thesaurus decisionum Rotae Florentinae*, Firenze 1804, VII; decisione XXVIII, 17 agosto 1731, n. 48, pag. 328: « Societas censetur continuata et renovata etiam cum minoribus, quando ab iis non fuit reclamatum et in specie quando ipsis societas est utilis »; FIERLI, *Della società chiamata accomandita e di altre materie mercantili*, Firenze, 1803, cap. XI, pag. 127 e seg.; CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Venezia 1740, II, pag. 71: disc. 145, n. 8: « Et haec procedunt (cioè che il socio resti obbligato anche dopo sciolta la società) etiam quando heredes socii defuncti cum scientia et patientia permiserunt expendi illius nomen in societate jam dissoluta, et licet heredes essent minores, vel pupilli, dummodo interveniat scientia et patientia eorum tutorum vel curatorum ».

irremissibilmente, restando così troncati negozi e industrie nel loro pieno vigore. Si cominciò pertanto a costringere gli eredi a rimanere in società, quando il testatore lo avesse loro imposto nel testamento (1). Ed è da notarsi che la continuazione della società *per viam renovationis* era obbligatoria per gli eredi, anche se questi fossero stati minori (2), o se avessero accettato l'eredità con beneficio di inventario. Nel quale ultimo caso l'erede, anche come socio, non era tenuto pei debiti sociali oltre l'ammontare dei beni ereditari (3).

(1) DUARDUS, *De Societatibus Tractatus*, Napoli 1644, lib. III, cap. 2, Quaestio 3, n. 23, pag. 453; CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, disc. 146, n. 5 e segg., II, pag. 76: « Ex quo juris principio etiam sequitur, quod si testator mandavit societatem per heredes suos continuari, adhuc per acceptationem hereditatis non diceretur continuata prima societas testatoris, sed nova per heredes instaurata... Verum si post mortem testatoris fuerit per socios superstites continuata antiqua societas et per heredes adita fuerit illius hereditas, tunc sine dubio dici deberet renovata fuisse societatem, quia heredes cum ipso actu aditionis jussum testatoris de continuanda societate, cui contravenire non possunt, dicuntur acceptasse, et sic consensum pro renovatione societatis aliis sociis praestitisse ».

(2) CASAREGIS, disc. 146, n. 12, pag. 76: « Quare, attentis his rationibus, antiqua societas per socios superstites, accedente tali testatoris jussu, semper dici debet rite et recte per viam renovationis continuata, ac etiam in casu quo heredes testatoris essent pupilli vel minores, licet incapaces ad praestandum consensum pro renovatione societatis, quia socii superstites continuantes societatem ex mandato sibi iniuncto a testatore de illa continuanda post illius mortem nullo indigent consensu pupillorum vel minorum, neque illorum tutorum aut curatorum, dum sufficit consensus, quem ipsi socii tamquam mandatarii post mortem a testatore relictis pro pupillis, vel minoribus praestant ». Vedi anche TORRE, *De pactis futurae successionis*, Venezia, 1673, lib. III, cap. 10, nn. 2 e 3 e la numerosa giurisprudenza delle Rote citata dal CASAREGIS e dal TORRE, loc. cit.

(3) CASAREGIS, *op. cit.*, disc. 146, n. 14-17: « In secundo vero casu (cioè se gli eredi erano obbligati a continuare la società) heredes non obligant bona propria, sed tantum testatoris et etiam bona ab eo per fideicommissum relicta, et propterea tali casu omnia lucra vel damna a negotio vel societate provenientia spectant ad hereditatem testatoris, eamque augent, vel diminuunt. Quod tamen intelligendum est, dummodo heredes adiverint hereditatem cum beneficio legis et inventarii, et se declaraverint continuare societatem in vim tantum praecepti testatoris, secus vero si ultra qualitatem hereditariam proprias suas personas etiam adstrixerint, vel simpliciter hereditatem testatoris adiverint, quia tunc tenerentur etiam de proprio erga creditores societatis, pro debitis et contractibus per eos initis post mortem testatoris ».

Ma questa dottrina neppure era sufficiente a mantenere in vita la società dopo la morte del socio, giacchè poteva darsi che i soci superstiti non volessero continuarla cogli eredi del defunto, o che gli stessi eredi rinunciassero alla società, il che era loro lecito quando la clausola testamentaria di continuazione era stata posta a loro vantaggio (1).

Si cercò dunque altrove un mezzo per costringere eredi e soci superstiti alla continuazione, quando ciò si fosse voluto nel contratto sociale: e questo mezzo lo fornì il diritto canonico, per il quale i contratti confermati solennemente col giuramento assumevano una speciale importanza ed efficacia. Primo il giureconsulto Giovanni Fabro, annotando la l. 25, § 5, *Inst. de soc.*, esclamava: « Sed quid dicis? Decem socii juraverunt sibi fidelitatem in itinere romano vel Hierosolimitano, unus moritur, numquid alii liberati sunt juramento? Videtur quod sic, per hunc textum. Ego non credo, quia ibi nedum fuit societas, immo juramentum singulare et mutuum hinc inde. Sed quid si aliquis contrahit societatem sibi et heredibus juramento hinc inde appposito? Forte de jure canonico juramentum faciet tenere in persona heredis nec vivi poterunt contravenire... Ecce igitur casum singularissimum, ubi juramentum efficit, ut societas plurium quae alias morte unius dissolvebatur, etiam quoad alios non finitur, sed remaneat cum caeteris sociis; item aliud operatur, ut contractus societatis, qui etiam ex conventionem non poterat ad heredem transire, adiecto juramento efficiatur transitorius ad heredes, quod profecto est notandum et menti tenendum » (2). Questa dottrina, accolta dal Gutierrez, dal Duardus, dal Felici, dal De Hevia, dal Brunnemann e da altri (3),

(1) CASAREGIS, *op. cit.*, disc. 146, n. 8: « Et quamquam praedicta procedere videantur in casu, quo jussus testatoris de continuanda societate per heredes factus fuisset in favorem tantum heredum... Nam sicuti tali casu heredes pos sunt ei renuntiare... »; DE HEVIA, *De commercio terrestri*, Firenze 1702, lib. I, cap. 3, n. 3.

(2) JOHANNES FABER (da non confondersi con Antonio), *Ad leg.* 25, § 5, *Inst.*

(3) GUTIERREZ, (+ 1660), *Tractatus de juramento confirmatorio*, Salamanca 1686,

diventò, nel secolo XVII, la *communis opinio*, in materia di continuazione della società cogli eredi, sebbene non mancassero autorevoli contraddittori, i quali negavano questa speciale efficacia al giuramento confermatario (1). Ma quelli che l'ammettevano ritenevano che la società continuasse non solo col primo ma anche coi successivi eredi (2). In seguito e specialmente nel secolo XVIII, diminuiti l'autorità e l'influsso delle idee canonistiche, l'opinione che riservava alle società giurate l'efficacia del patto di continuazione cogli eredi andò perdendo terreno (3). Ma d'altro canto la pratica, incurante dei divieti del diritto romano, continuava a ritenere possibile e lecito il patto di continuazione, che veniva pertanto inserito in molti contratti di società (4). Il quale indirizzo

cap. XLVIII, n. 5, pag. 131: « Secunda et principalis limitatio in hac materia est si societatis contractus juratus fuerit: nam tunc morte unius non finitur societas, immo si expresse contrahatur societas pro se et heredibus iuramento hinc inde apposito; iuramentum facit tenere societatem in persona heredum »; DUARDUS, *De Societatibus*, Napoli 1644, lib. III, cap. 2, Q. 3, n. 16, pag. 453; FELICI, *De Societate Tractatus*, Venezia 1610, cap. XXXII, n. 5, pag. 213; DE HEVIA, *De Commercio Terrestri*, Firenze 1702, lib. I, cap. 3, n. 3; BRUNNE-MANN, *Commentarium in Codicem*, Lugduni 1669, lib. IV, tit. 37, 3 e gli altri autori citati da VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 635, nota 6.

(1) *Recentissimae Sacrae Rotae Romanae decisiones materias in Tractatu Johannis Torre de pactis futurae successionis concernentes*, Venezia 1673, dec. 28 novembre 1661: dec. LVI, nn. 3 e 4, pag. 72: « nec ex pacto particulari societas transit ad heredes, quod procedit, licet pactum fuerit iuramento firmatum ».

(2) GUTIERREZ, *op. cit.*, cap. LVIII, n. 7 ed autori ivi citati.

(3) CASAREGIS, *op. cit.*, disc. 146, nn. 2 e 3; ZANCHI, *De societate*, Firenze 1838, parte III, cap. 11, nn. 50-55, pagg. 385 e 386.

(4) In questi contratti alcune volte si determinavano le persone che dovevano continuare la società dopo la morte del socio, altre volte la continuazione era imposta cogli eredi semplicemente. V. per i primi le formule di contratti riferite da SAVARY, *Le parfait négociant*, Ginevra 1752 (la 1^a edizione è del 1675), pag. 198, n. 23; pag. 201, n. 23: v. per la seconda specie di clausole i contratti riferiti da LASTIG, *Bologneser Quellen des Handelsrechts*, Halle 1891, pagg. 55, 69, 74, 84, 95, 102. La pratica francese in quest'ultimo senso ci è attestata dal MASUER, *Des associations*, 28, n. 23, citato da TROPLONG, *Sociétés*, n. 880, e la pratica tedesca dal LEYSER († 1752), *Meditationes ad Pandectas*, III e IV, spec. 186, pag. 388: « Societas morte solvitur adeo, ut de jure civili nec pactum de ea in heredes continuanda valeat (l. 53, *pro socio*). Jure tamen germanico id valere, collegia aliquot sponderunt ».

fermo e ben risoluto della pratica contrastava colle incertezze degli autori, che ora dichiaravano la società sciolta irremissibilmente colla morte di un socio, ed inefficace del tutto il patto di continuazione, ora cercavano di salvare il principio, temperandolo con questa o con quella eccezione (1): incertezze che continuarono fino a che il codice civile francese, adottando l'opinione di Pothier desunta dalla pratica francese (2), non ebbe esplicitamente dichiarato valido il patto di continuazione (art. 1868). Questa regola, passata nell'art. 1732 del codice civile italiano, e nell'art. 191 del codice di commercio, divenne in breve il *jus receptum* presso tutte le nazioni, ed è accolta oramai da tutti i codici. Oltre infatti al codice civile francese (art. 1868), ai codici civile e commerciale italiani (art. 1732 e 191), quella regola si trova nel codice civile germanico (§ 727), nel codice civile olandese

(1) SAVARY, *Dictionnaire de commerce*, Ginevra 1750, voce *Société*, III, pagina 872, afferma recisamente che « les associés ne peuvent pas stipuler que la société sera continuée après leur mort avec leurs héritiers, d'autant que le choix des personnes et leur industrie est un des plus importants points de la société ». Egualmente reciso è lo ZANCHI, *De Societate*, parte III, cap. 11, pagina 384 e segg. Il JOUSSE, invece, *Commentaire sur l'ordonnance du mois de mars 1673, avec des notes par V. Bécane*, Poitiers 1828, pag. 81, tace affatto sul divieto di pattuire la continuazione della società cogli eredi. L'AZUNI, *Dizionario della giurispr. mercantile*, Livorno 1823, voce *Società*, IV, § XXVIII, pagina 107, dopo avere affermato che la società finisce colla morte di un socio, vi apporta queste due limitazioni: « eccetto che siasi fin dal principio convenuto di continuare la società tra i superstiti, non ostante la morte di un socio, o che questi abbia ordinato nel testamento agli eredi di continuare la società, nel qual caso sarà l'erede tenuto a perseverare nella medesima; ma gli altri soci potranno non ammetterlo alla continuazione ». Il FIERLI, *Della Società chiamata accomandita e di altre materie mercantili*, Firenze 1803, I, cap. IV, pag. 46, riserva il divieto del patto di continuazione alla « vera società di cui parla il *jus commune* » (v. pag. 44), e non alla accomandita, regolare ed irregolare (v. pure pag. 44) ed aggiunge (pag. 47): « qualora fosse cosa dubbia ed incerta, se i contraenti abbiano voluto istituire una vera società, oppure un'accomandita, deve giudicarsi sempre a favore dell'accomandita, massimamente se qualche circostanza favorisse più il contratto di accomandita che quello di società ».

(2) POTHIER, *Contrat de Société*, Paris 1807, n. 145, pag. 100.

(art. 1688), nel codice commerciale spagnuolo (art. 222₁), nel codice portoghese (art. 699), nel codice federale svizzero (art. 545₂), nel codice ungherese (art. 98₂), ecc.

3. — I risultati di questa rapida rassegna storica mi sembra possano così compendiarsi:

a) La continuazione della società cogli eredi, così nella forma di continuazione tacita per mancata denuncia, come in quella di continuazione per patto espresso inserito nel contratto, trovò in ogni tempo nella pratica una applicazione costante, malgrado le incertezze della dottrina che si ispirava ai puri principii del diritto romano;

b) In mezzo alle oscillazioni, alle distinzioni, alle contraddizioni degli autori, un solo punto è accertato: che quando la possibilità della continuazione cogli eredi venne ammessa, lo fu nel modo più ampio: tanto per gli eredi minori che per gli eredi beneficiati, così per il primo come per i successivi eredi.

4. — Le due particolarità che abbiamo veduto caratterizzare tutto lo svolgimento storico del patto di continuazione della società in nome collettivo cogli eredi, cioè il favore in cui lo tenne sempre la pratica e il disfavore che trovò di regola presso la dottrina, non sono venute meno neppur oggi. Nelle indagini da me fatte presso la cancelleria del tribunale di Roma, dove ho esaminato moltissimi atti costitutivi di società in nome collettivo ed in accomandita semplice del quadriennio 1895-99, ho trovato che il 25 per cento dei contratti sociali contengono il patto di continuazione della società cogli eredi, in caso di morte di un socio illimitatamente responsabile. D'altro canto, ed assai di recente, quel patto ha trovato in un insigne trattatista un critico assai vivace, di cui sarà utilissimo riportare le parole: « Senonchè i guai che avevano consigliato ai giureconsulti romani di metterlo all'indice non si sono attenuati coi secoli. Quel patto costringe i soci superstiti a subire la compagnia di eredi che, pel loro numero,

per la minor età, per la posizione sociale, pel valore morale ed economico, possono scemare il vigore ed il credito della azienda sociale: non assicura punto la continuazione, poichè l'erede, rinunciando all'eredità, può sottrarsi, e turba l'ordine delle successioni, perchè lo costringerà talvolta a rinunciare per non subire un peso e un pericolo che non convengono al suo stato. Non è dunque con questo patto che si può assicurare il normale esercizio dell'azienda sociale oltre la morte dei soci, e conviene battere un'altra via » (1). Questa è per il Vivante la continuazione della società fra i soci superstiti, rimborsata agli eredi la quota già spettante al defunto. E perciò egli vorrebbe fosse legislativamente stabilito che, salvo convenzione contraria, accadendo la morte di uno dei soci, i superstiti possano escluderne gli eredi e continuare la società fra di loro, rimborsandoli della quota appartenente al defunto (2).

5. — Non si può negare la giustezza di queste osservazioni e di queste proposte. Sicuramente la continuazione della società cogli eredi presenta inconvenienti non pochi. Gli eredi possono essere numerosi, lontani, discordi: possono essere incapaci, rappresentati da tutori e curatori non sempre disinteressati: può perciò, per la loro presenza nella società, essere scossa quella concorde unità di intenti, che forma una delle principali forze delle così dette « società di persone ». E perciò non v'ha dubbio che, allo scopo di salvare l'integrità del corpo sociale dopo la morte di un socio, serve assai meglio la continuazione della società coi superstiti. Ma, d'altro canto, occorre tener presente i numerosissimi casi in cui la continuazione della società fra i superstiti o non è materialmente possibile, o riuscirebbe sommamente dannosa. Come

(1) VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino 1893-99, II, n. 635, pag. 73.

(2) VIVANTE, *op. cit.*, n. 635, pagg. 74 e 75. La proposta fu accolta dalla sottocommissione per lo studio della legislazione delle società commerciali. V. *Relazioni e verbali*, Roma 1895, pagg. 32 e 33.

ho altra volta rilevato, desumendolo dai miei studi sugli atti costitutivi delle società in nome collettivo, questa specie di società, normalmente, si costituisce con due soli soci, e solo eccezionalmente con tre soci o più. Come ciò sia, si comprende agevolmente, quando si pensi che la responsabilità illimitata importa nei soci in nome collettivo la fiducia reciproca più ampia e la massima concordia, tanto più difficili ad ottenersi quanto maggiore è il numero dei soci. Ora una società composta di due soci dovrebbe inesorabilmente mettersi in liquidazione per la morte di uno di essi, e dovrebbe così restare troncata la vita di un commercio o di una industria fiorente, quando non fossè lecita la continuazione della società cogli eredi del defunto. D'altro canto, in una società composta di un numero ristretto di soci (sia pure questo numero maggiore di due) la restituzione della quota messa in società da uno dei soci, può recar grave danno alla società e potrebbe anche comprometterne irreparabilmente la sorte. Ordinariamente la società in nome collettivo si forma tra uno o due soci capitalisti ed uno o due soci d'industria: se alla morte del capitalista la sua quota dovesse essere restituita agli eredi, il più delle volte l'azienda sociale sarebbe messa nella impossibilità di funzionare.

La verità di queste considerazioni è avvalorata dalla pratica. Nelle mie ricerche ho sempre trovato il patto di continuazione cogli eredi assai usato, anzi assai più usato del patto di continuazione coi superstiti. E perciò, accettata la proposta di prescrivere legislativamente la continuazione della società coi superstiti, salvo patto in contrario, mi sembrerebbe opportuno completarla, concedendo ai soci superstiti la facoltà di continuare la società cogli eredi del socio defunto, ed agli eredi, il diritto di chiedere, in tal caso, la trasformazione delle loro quote, in quote di soci accomandanti, salva sempre la contraria volontà delle parti contenuta nel contratto sociale. Questa proposta elimina, mi sembra, ogni inconveniente della continuazione cogli eredi: giacchè i soci superstiti sono i giudici migliori della convenienza di conti-

nuare la società cogli eredi, oppure di mantenerla in vita fra di loro, rimborsando agli eredi la quota del defunto. Questa proposta, inoltre, soddisfa a un bisogno già sentito dalla pratica: giacchè dei vari patti di continuazione cogli eredi, uno dei più frequenti è appunto quello che fa dipendere la continuazione dalla volontà del socio o dei soci superstiti (1). E quando fossero concesse ai soci superstiti e, correlativamente, agli eredi tali facoltà, converrebbe altresì, sull'esempio di quanto dispongono alcuni atti costitutivi, prefiggere loro un breve termine, entro il quale dovrebbe la scelta essere fatta, reciprocamente notificata e pubblicata (2).

(1) V. per es.: Cancelleria del trib. di Roma, contr. 1^o agosto 1896, reg. trascr. n. 292; reg. società 1896, n. 59: « In caso di decesso di quelcheduno dei soci, resterà in facoltà ai superstiti di mantenere la società cogli eredi del defunto, oppure di consolidarla tra loro, dando a questi in denaro la quota che sarà per risultare dalla chiusura dell'anno bilancio in corso », (art. 10); — Contr. 1^o giugno 1896, reg. trascr. n. 181, reg. soc. 96, n. 36: « Nel caso di morte di uno dei soci quello superstite sarà in diritto di pretendere la continuazione della società cogli eredi del defunto, quando non preferisca disinteressarsi senz'altro, pagando loro la quota loro spettante dell'asse sociale » (art. 7); — Contr. 20 maggio 1896, reg. trascr. n. 175, reg. soc. 96, n. 33: « In caso di morte di uno dei soci, sarà in facoltà dei superstiti di accettare gli eredi del socio defunto nella società, o di restituire il capitale immesso dal loro autore, insieme agli utili netti che risulteranno dal resoconto sociale annuale, limitatamente al giorno della morte del socio » (art. 11); — Contr. 2 ottobre 1895, reg. trascr. n. 337, reg. soc. 95, n. 68: « Nel caso di morte di alcuno dei componenti la società, i soci superstiti avranno la facoltà di deliberare entro tre mesi dal verificatosi evento, se preferiscono continuare la società cogli eredi o scioglierla, pagando ad essi la quota sociale spettante al socio defunto e liquidata al giorno della apertura della successione » (art. 11); — Contr. 29 luglio 1895, reg. trascr. n. 277, reg. società 95 n. 58: « Se durante la società morisse uno dei due soci, è in facoltà del superstite continuare la gestione della società nell'interesse comune di esso e degli eredi del socio defunto, fino al compimento del termine stabilito per la durata della società stessa » (art. 8); — V. anche il contratto 5 febbraio 1898, reg. trascr. n. 62, reg. società 98, n. 17, nel quale, all'art. 12 è stabilito che gli eredi del socio capitalista sono tenuti a continuare la società: nel caso di morte del socio d'industria il socio superstite (capitalista) ha facoltà di rescindere il contratto, salvo che gli eredi presentino persona idonea e di gradimento del socio capitalista, che possa sostituire il socio d'industria defunto.

(2) V. contr. 2 ottobre 1895 cit. alla nota precedente.

II.

6. — Prima di incominciare l'esposizione del sistema stabilito dal diritto positivo circa la continuazione della società cogli eredi, mi sia lecito, in via generale, affermare un concetto il quale è in contrasto con le idee, a mio parere, inesatte, di alcuni autori francesi e tedeschi. Queste idee si compendiano tutte nella affermazione che lo scioglimento della società per la morte di un socio è la regola: che la continuazione invece è l'eccezione, e che perciò tutte le norme date dalla legge sulla continuazione debbono interpretarsi restrittivamente (1). A me non sembra, in realtà, che questo sia il concetto dominante nella materia della continuazione della società. È vero che la continuazione dopo la morte è l'eccezione: ma è eccezione che rientra nella regola generale; dappoichè lo stesso principio che la società si scioglie per la morte di un socio è, alla sua volta, una eccezione ad una regola più generale: quella che la società deve continuare fino al termine stabilito dal contratto, o fino al compimento della impresa che ne costituisce l'oggetto. Tutte le cause di scioglimento dipendenti dalle crisi personali dei soci (morte, inabilitazione, interdizione, fallimento) costituiscono altrettante cause di scioglimento anticipato: esse sì che sono cause eccezionali, mentre le cause normali e naturali di scioglimento sono la scadenza del termine e il compimento dell'impresa. E perciò la continuazione della società dopo la morte del socio è l'eccezione dell'eccezione, vale a dire è un ritorno puro e semplice alla regola.

7. — Ciò premesso in via generale, veniamo ora a discorrere del fondamento della continuazione, ossia del fatto giuridico

(1) Così il TROPLONG, *Du contrat de société*, n. 955; il VIEZENS, *Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters*, nella *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XXXV, pag. 97; e il RODINO, *Dir. comm.*, 1900, 383.

che dà luogo alla continuazione della società cogli eredi. La norma direttiva si trova qui nell'art. 191 cod. comm., il quale stabilisce che « la società in nome collettivo si scioglie per la morte, per l'interdizione, per l'inabilitazione e per il fallimento di uno dei soci, se non vi è convenzione contraria. La società in accomandita, se non è convenuto altrimenti, si scioglie per la morte, per l'interdizione od inabilitazione e per il fallimento dell'accomandatario o di uno degli accomandati ».

Di qui la regola: che la continuazione della società fino al termine di essa deve essere stabilita mediante convenzione apposita.

Prima conseguenza di questa regola è che la continuazione obbligatoria della società (1) deve essere stabilita per contratto: non basterebbe perciò una disposizione testamentaria che ordinasse agli eredi del socio defunto di continuare la società coi superstiti: come è facile comprendere, quella clausola non legherebbe per nulla i soci sopravvivenenti (2).

8. — Questa norma si desume facilmente dalla lettera della legge: non così invece l'altra, la quale concerne il momento in cui può essere stipulato il contratto di continuazione.

Tre opinioni tengono qui diviso il campo della dottrina e della giurisprudenza.

La prima ritiene che la continuazione non possa essere convenuta che per mezzo di una clausola dell'atto costitutivo (3).

(1) Dico obbligatoria perchè, intervenuto il patto di continuazione, la società continua obbligatoriamente in contrapposto alla continuazione per mancata denuncia, affatto precaria, e che può cessare a libito dei soci. V. n. 13.

(2) V. DEINBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 3ª ediz., II, pag. 648, nota 18; VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 107 sub. 4; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ediz., Berlin 1899, pag. 446 annotazione I, sul § 139.

(3) In questo senso il BEDARRIDE, *Droit commercial, commentaire du code de commerce. Des sociétés*, Paris 1872, I, n. 58; e anche la decisione 17 marzo 1886 del Reichsgericht, *Entscheidungen in Civilsachen*, XVI, pag. 44 e 56, n. 1, nonché la sent. 7 giugno 1889 della Corte di Casale, *Giur. cas.*, 1889, 306.

La seconda concede che possa essere convenuta anche posteriormente al contratto sociale, ma solo durante la vita di tutti i soci, cioè prima dell'avvenimento (morte) che dovrebbe sciogliere la società (1).

La terza opinione ritiene potersi il patto di continuazione stipulare anche dopo la morte, tra gli eredi del defunto ed i soci superstiti (2).

La prima opinione manca assolutamente di fondamento, di fronte alla legge positiva. Non si comprende infatti perchè i soci, che posteriormente all'atto costitutivo possono modificare a loro talento il contratto sociale, purchè ciò avvenga colle formalità prescritte (art. 96 cod. comm.), dovrebbero astenersi soltanto dal convenire fra di loro la continuazione della società cogli eredi. Come bene osserva lo Staub, il contratto sociale non sta tutto nell'atto costitutivo: esso comprende anche gli accordi posteriori concernenti i rapporti sociali (3). E perciò, anche di fronte alla legge tedesca, la quale (§ 727 cod. civ.) stabilisce che il patto di continuazione deve essere inserito nel contratto sociale, non è proibito di stipulare la continuazione posteriormente alla costituzione della società (4). Molto più ciò dovrà dirsi di fronte alla legge francese ed italiana. Quella e questa non parlano affatto di contratto sociale: la prima (art. 1868 code civil) si limita a dire: « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés,

(1) Così, sulla scorta dell'art. 123, n. 2, del cod. comm. tedesco cessato, del § 727 del codice civile e 139 del nuovo cod. comm. germanico, la dottrina tedesca: VIEZENS, *op. cit.*, pag. 92 e seg.; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, pag. 357, annotaz. 5; pag. 446, annotaz. 1; v. anche PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 6ª ediz., III, pag. 9 e 10; e nella giurisprudenza italiana: Appello Venezia, 10 agosto 1882, *Temi veneta*, 1882, 527; Cassazione Roma 3 luglio 1883, *Legge*, 1884, 1, 148; App. Milano, 23 agosto 1887, *Monitore tribunali*, 1887, 893.

(2) BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, § 79, pag. 549; ANSCHÜTZ und VON VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, II, pag. 275. Nella giurisprudenza italiana, App. Macerata, 11 giugno 1891, *Dir. comm.*, IX, 914; Cass. Roma, 15 febbraio 1890, *Foro it.*, 1890, 529.

(3) STAUB, *Kommentar*, pag. 357, annot. 5.

(4) V. autori citati alle note 1 e 2.

la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies ». E così pure, il codice italiano usa la frase « se non vi è convenzione contraria... se non è convenuto altrimenti » (art. 191).

Anche la seconda opinione, per la quale il patto di continuazione deve essere stipulato tra i soci, prima che sia occorsa la causa di scioglimento della società, ci sembra inaccettabile almeno dal punto di vista del nostro diritto positivo. Per i fautori di questa opinione la continuazione deve essere decisa mediante convenzione *de praeterito*, e non *de praesenti*, e perciò per essi il contratto di continuazione, stipulato tra gli eredi del defunto e i soci superstiti, darebbe vita ad una nuova società, diversa dalla precedente. Le conseguenze pratiche di questa regola sono importantissime, specie riguardo alla prescrizione ed al diritto fiscale. Tuttavia, malgrado ciò, anzi, appunto perciò, vedremo di dimostrare come una simile opinione sia in aperto contrasto colla legge positiva.

Un primo argomento, d'indole esegetica, a favore della nostra tesi si desume da un confronto tra la formula del codice civile germanico, quella del codice civile francese ed italiano, e quella dell'art. 191 cod. comm. italiano. Mentre il codice tedesco vuole che il patto di continuazione sia inserito nel contratto sociale; mentre il codice civile francese e il codice civile italiano, adoperando le frasi: *s'il a été stipulé*; *si può stipulare che in caso di morte di uno dei soci*, vengono a richiedere che il patto di continuazione sia stipulato anteriormente alla morte del socio, il codice di commercio ricorre ad una espressione che non lascia dubbio sulla sua intenzione di ammettere la convenzione anche *de praeterito*. Esso infatti non dice: *se non v'è stata convenzione in contrario*, ma *se non v'è convenzione in contrario*; e non dice neppure: *se non è stato convenuto altrimenti*, ma *se non è convenuto altrimenti*. Con che evidentemente si ammette che la convenzione possa stipularsi anche quando la società avrebbe dovuto sciogliersi per la morte del socio.

Questa interpretazione rimane rafforzata quando si pensi

che, per il codice italiano, la morte del socio non produce *ipso jure* lo scioglimento della società: essa dà soltanto a ciascuno dei soci il diritto di chiedere lo scioglimento della società (1): finchè questo diritto non è esercitato, la società dura, e dura in omaggio a quel principio generale da noi esposto che la società deve continuare fino al termine del contratto. In questa posizione giuridica non si tratta, col patto di continuazione, di far rivivere qualche cosa di oramai morto: si tratta soltanto di vincolare la volontà dei soci superstiti e degli eredi del socio defunto a non valersi del diritto loro concesso dalla legge di domandare lo scioglimento della società. Questo è, in definitiva, il significato del patto di continuazione stipulato cogli eredi; sulla cui liceità non si possono sollevare dubbi, appena si pensi che si tratta di una rinuncia reciproca dei soci ad un diritto stabilito dalla legge a loro vantaggio esclusivo. Come ottimamente osservava la Corte d'appello di Macerata, in una sentenza già ricordata in nota: «... il rigore dei principii, secondo i quali la società anche civile finisce per la morte di alcuno dei soci, non è d'ordine pubblico. Esso è dettato nell'interesse esclusivo dei privati e si fonda sulla presunta volontà dei medesimi, presumendosi cioè che, nel costituire la società, abbiano fatto assegnamento sull'opera personale e sulle qualità speciali del socio, senza le quali non avrebbero contrattato. Ma quando, morto il socio, gli altri soci intendono riporre eguale fiducia negli eredi del socio defunto, la presunzione deve cedere il posto alla verità, e la società può prorogarsi senza bisogno di costituire una società nuova ».

Un altro argomento a favore della nostra tesi si può desumere dall'art. 190 cod. commerciale. Questo articolo dichiara: « Decorso il termine stabilito per la sua durata, o compiuto l'oggetto della sua impresa, la società è sciolta di

(1) Arg. articoli 96, 100, 189, 190, 191 e 192 cod. comm.; VIVANTE, *Trattato*, II, n. 648 bis.; App. Catania, 30 aprile 1888, *Foro it.*, 1888, 440; App. Macerata, 11 giugno 1891, *Dir. comm.*, IX, 914; Cass. Roma, 15 febbraio 1890, *Foro it.*, 1890, 529.

diritto, nè può essere tacitamente prorogata». Sono qui enumerati i due soli casi in cui la società si scioglie di diritto: in questi casi — dice la legge — non è ammessa la proroga tacita. Il che vuol dire che la proroga espressa sarà possibile. Ora se ciò è nel caso di scioglimento di pieno diritto a più forte ragione dovrà essere nel caso in cui lo scioglimento non può avvenire che per volontà di uno dei soci.

Per tutte queste ragioni noi aderiamo alla terza opinione la quale ritiene che la continuazione possa essere stipulata anche dopo la morte del socio fra i suoi eredi ed i soci superstiti.

9. — Non è necessario che il patto di continuazione sia stipulato espressamente: esso può risultare anche tacitamente dalla natura e dalle circostanze del contratto di società: così una società a cui si dia la durata di 90 anni dovrà intendersi implicitamente continuativa cogli eredi: e così pure dovrà dirsi continuativa cogli eredi una società avente per oggetto un appalto o altro affare di simile natura, che non possa essere troncato o interrotto. La giustificazione teorica di questa norma sta nella ragione stessa che ha indotto la legge a dichiarar valido il patto di continuazione. La regola per cui la società si scioglie per la morte di un socio si fonda sulla natura personale della società in nome collettivo: la legge consacrandola negli articoli 1725 cod. civ. e 191 cod. comm., ha presunto che tale fosse la intenzione dei contraenti, i quali, di regola, sono indotti a stipulare questa specie di società in considerazione delle persone che essi si scelgono a soci. Ma questa presunzione deve cessare davanti alla prova contraria. Se i contraenti con patto esplicito hanno deciso di continuare la società cogli eredi, la intenzione presunta deve cedere alla intenzione espressa. Ora lo stesso dovrà dirsi del caso in cui le circostanze e l'oggetto del contratto indicano che i soci non furono indotti a contrarre dalla considerazione delle persone; ma vollero che la società continuasse, indipendentemente dalle vicende personali dei soci. Anche qui la volontà pre-

sunta deve cedere alla volontà manifestata: poichè la manifestazione può avvenire non soltanto espressamente, ma anche tacitamente. Basta che dalle circostanze del contratto risulti la intenzione dei soci che la società perduri malgrado le loro vicende personali: in tal caso la presunzione dell'articolo 1127 cod. civ. che ciascuno contratti per sè e per i suoi eredi, basta a far trapassare in questi ultimi il contratto di società (1). Anche il patto di continuazione *de praeterito*, stipulato cioè dagli eredi del socio coi soci superstiti, può essere posto in essere così espressamente, che tacitamente, cioè mediante atti concludenti. Ciò si desume anche dall'art. 190 cod. comm., il quale vieta la prorogazione tacita solo nel caso di compimento del termine e in quello di compimento dell'impresa costituente l'oggetto della società: segno evidente che negli altri casi di scioglimento la prorogazione tacita è possibile. Al che si giunge del resto anche seguendo i principii generali, pei quali di regola la volontà può manifestarsi tanto espressamente che tacitamente (2). Nè si dica che qui trattandosi di una rinunzia al diritto di chiedere lo scioglimento della società debba la continuazione essere stipulata espressamente, per il principio che la rinunzia non si presume. La rinunzia può farsi anche tacitamente, come sostengono oramai concordi i migliori civilisti e la più recente giurisprudenza (3). Quegli autori tedeschi — come il Viezens — che

(1) Vedi nel senso del testo: App. Torino, 2 agosto 1861, *Monit. tribunali*, 1862, 960; App. Casale, 12 febbraio 1883, *Giurisprudenza di Casale*, 1883, 359; VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 649; TROPLONG, *op. cit.*, n. 883; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXV, n. 392 e seg.; DUVERGIER, *Du contrat de société*, Paris 1839, n. 434; GOULLOUARD, *Traité du contrat de société*, Paris 1892, n. 297; VIEZENS, *op. cit.*, pag. 106, sub. 3; KEISSNER, *Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des deutschen Handelsgesetzbuch's*, Berlin 1870, pag. 17, e RODINO, *Dir. comm.*, 1900 n. 382.

(2) Cfr. art. 934, 1738, 1840, 2111 cod. civ.; art. 13 cod. comm.; art. 57, 465 cod. proc. civile. FADDA e Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, Torino 1897, pag. 896.

(3) Cfr. FADDA e Bensa, *op. cit.*, pag. 886; Appello Trani, 20 luglio 1877, *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Rinunzia*, n. 2-3; App. Trani 15 febbraio 1897, *Riv.*, Trani, 1897, 276; Cass. Torino, 15 dicembre 1891, *Giur. tor.*, 1892, n. 72.

diritto, nè può essere tacitamente prorogata ». Sono qui enumerati i due soli casi in cui la società si scioglie di diritto: in questi casi — dice la legge — non è ammessa la proroga tacita. Il che vuol dire che la proroga espressa sarà possibile. Ora se ciò è nel caso di scioglimento di pieno diritto a più forte ragione dovrà essere nel caso in cui lo scioglimento non può avvenire che per volontà di uno dei soci.

Per tutte queste ragioni noi aderiamo alla terza opinione la quale ritiene che la continuazione possa essere stipulata anche dopo la morte del socio fra i suoi eredi ed i soci superstiti.

9. — Non è necessario che il patto di continuazione sia stipulato espressamente: esso può risultare anche tacitamente dalla natura e dalle circostanze del contratto di società: così una società a cui si dia la durata di 90 anni dovrà intendersi implicitamente continuativa cogli eredi: e così pure dovrà dirsi continuativa cogli eredi una società avente per oggetto un appalto o altro affare di simile natura, che non possa essere troncato o interrotto. La giustificazione teorica di questa norma sta nella ragione stessa che ha indotto la legge a dichiarar valido il patto di continuazione. La regola per cui la società si scioglie per la morte di un socio si fonda sulla natura personale della società in nome collettivo: la legge consacrandola negli articoli 1725 cod. civ. e 191 cod. comm., ha presunto che tale fosse la intenzione dei contraenti, i quali, di regola, sono indotti a stipulare questa specie di società in considerazione delle persone che essi si scelgono a soci. Ma questa presunzione deve cessare davanti alla prova contraria. Se i contraenti con patto esplicito hanno deciso di continuare la società cogli eredi, la intenzione presunta deve cedere alla intenzione espressa. Ora lo stesso dovrà dirsi del caso in cui le circostanze e l'oggetto del contratto indicano che i soci non furono indotti a contrarre dalla considerazione delle persone; ma vollero che la società continuasse, indipendentemente dalle vicende personali dei soci. Anche qui la volontà pre-

sunta deve cedere alla volontà manifestata: poichè la manifestazione può avvenire non soltanto espressamente, ma anche tacitamente. Basta che dalle circostanze del contratto risulti la intenzione dei soci che la società perduri malgrado le loro vicende personali: in tal caso la presunzione dell'articolo 1127 cod. civ. che ciascuno contratti per sè e per i suoi eredi, basta a far trapassare in questi ultimi il contratto di società (1). Anche il patto di continuazione *de praeterito*, stipulato cioè dagli eredi del socio coi soci superstiti, può essere posto in essere così espressamente, che tacitamente, cioè mediante atti concludenti. Ciò si desume anche dall'art. 190 cod. comm., il quale vieta la prorogazione tacita solo nel caso di compimento del termine e in quello di compimento dell'impresa costituente l'oggetto della società: segno evidente che negli altri casi di scioglimento la prorogazione tacita è possibile. Al che si giunge del resto anche seguendo i principii generali, pei quali di regola la volontà può manifestarsi tanto espressamente che tacitamente (2). Nè si dica che qui trattandosi di una rinunzia al diritto di chiedere lo scioglimento della società debba la continuazione essere stipulata espressamente, per il principio che la rinunzia non si presume. La rinunzia può farsi anche tacitamente, come sostengono oramai concordi i migliori civilisti e la più recente giurisprudenza (3). Quegli autori tedeschi — come il Viezens — che

(1) Vedi nel senso del testo: App. Torino, 2 agosto 1861, *Monit. tribunali*, 1862, 960; App. Casale, 12 febbraio 1883, *Giurisprudenza di Casale*, 1883, 359; VIVANTE, *op. cit.*, II, n. 649; TROPLONG, *op. cit.*, n. 883; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXV, n. 392 e seg.; DUVERGIER, *Du contrat de société*, Paris 1839, n. 434; GOULLOUARD, *Traité du contrat de société*, Paris 1892, n. 297; VIEZENS, *op. cit.*, pag. 106, sub. 3; KEISSNER, *Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des deutschen Handelsgesetzbuch's*, Berlin 1870, pag. 17, e RODINO, *Dir. comm.*, 1900 n. 382.

(2) Cfr. art. 934, 1738, 1840, 2111 cod. civ.; art. 13 cod. comm.; art. 57, 465 cod. proc. civile. FADDA e BENZA, *Note alle Pandette del Windscheid*, Torino 1897, pag. 896.

(3) Cfr. FADDA e BENZA, *op. cit.*, pag. 886; Appello Trani, 20 luglio 1877, *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Rinunzia*, n. 2-3; App. Trani 15 febbraio 1897, *Riv.*, Trani, 1897, 276; Cass. Torino, 15 dicembre 1891, *Giur. tor.*, 1892, n. 72.

negano la possibilità di un patto di continuazione tacito, si fondano sulla considerazione che, morto il socio, la società si scioglie per forza di legge (*Kraft Gesetzes*) (1), e non può essere fatta rivivere. Considerazione che non ha base nel diritto italiano, dove — come vedemmo — lo scioglimento di diritto avviene solo nei casi dell'art. 190 cod. commerciale. Il patto di continuazione tacito deve risultare da atti univoci compiuti da tutti i soci, dai quali risulti la loro volontà di continuare la società. Così potrà risultare dalla nomina di un amministratore fatta da tutti i soci per un tempo eguale a quello fissato per la durata della società; da una deliberazione unanime di aumentare il capitale sociale, di intraprendere nuovi affari, ecc.

10. — I requisiti di forma e di pubblicità prescritti per il contratto sociale sono richiesti altresì per il patto di continuazione ?

Quanto alla forma scritta crediamo che la regola dell'articolo 87 cod. comm., per cui il contratto di società deve essere fatto per iscritto, sia da applicarsi anche al patto di continuazione che sicuramente è un contratto sociale. L'atto scritto però — occorre notarlo bene — non è qui affatto richiesto *ad substantiam actus*, ma semplicemente *ad probationem*, come dichiara benissimo l'art. 53 cod. comm., e perciò la sua omissione importerà soltanto una restrizione della prova, nel senso che — fra soci — la prova testimoniale non sarà ammessa se non nei casi del cod. civile e non avrà già per conseguenza — come pur mostra di credere una recente decisione — la nullità del patto di continuazione (2).

(1) V. VIEZENS, *op. cit.*, pag. 103 e 104. Ma a favore della opinione accolta nel testo, anche in Germania: ANSCHUTZ, nell'*Archiv für Handelsrecht* del BUSCH, XII, pag. 75 e seg.; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 79, pag. 552.

(2) V. Trib. Lecce, 26 maggio 1894, *Gaz. forense*, 1894, 122. Per le conseguenze giuridiche della mancanza di atto scritto nel contratto di società v. il MANARA, nella *Giur. it.*, 1897, I, 2, 707 e seg.; il mio lavoro su *Le società*

Quanto invece ai requisiti di pubblicità, essi non sono richiesti per la efficacia del patto di continuazione. Gli articoli 93 e 96 codice commerciale, che quei requisiti prescrivono, non parlano che dell'atto costitutivo, della mutazione, del recesso e della esclusione dei soci, dei mutamenti della ragione sociale, della sede e dell'oggetto della società, o dei soci aventi la firma sociale, dell'aumento o della reintegrazione del capitale, dello scioglimento anticipato, della fusione e della prorogazione oltre il termine stabilito dal contratto. E neppure si può ritenere che il patto di continuazione debba essere pubblicato coll'atto costitutivo, nel quale l'art. 88 prescrive che sia indicato il tempo in cui la società comincia e finisce. Il patto di continuazione mira non a modificare questo tempo, ma a conservarlo, e perciò i terzi, che dall'atto costitutivo hanno conosciuto la durata della società, non hanno interesse a conoscere un patto che non modifica quello stato di cose, ma ne accresce la stabilità. Questo poi per i creditori sociali. Quanto ai creditori particolari dei soci, ad essi converrebbe bensì che la società finisse prima del termine stabilito nel contratto ma non possono opporsi alla continuazione della società fino a quel termine. E perciò, in definitiva, non hanno interesse ad essere avvertiti di una condizione di cose che non possono modificare (1). S'intende però che se nel patto di continuazione è fissata alla società una durata inferiore a quella stabilita nel contratto pubblicato, allo spirare del nuovo termine la società, rispetto ai terzi, non è sciolta di diritto: ma occorrono le pubblicazioni dell'art. 96.

commerciali in rapporto al giudizio civile, Torino 1898, n. 158-160, e COPPA-ZUC-CARI, *I telegrammi*, Roma 1900, n. 6.

(1) V. VIVANTE, II, n. 654; Cass. franc. 2 marzo 1885, DALLOZ, 1885, I, 441. *Contra*: LYON CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Parigi 1892, II, n. 318. Il VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 135-137, distingue il caso in cui il terzo conosceva dal caso in cui non conosceva la morte del socio: nel primo caso, se il patto di continuazione fu pubblicato, egli deve considerare la società come ancora esistente: se non fu pubblicato, egli può ritenere la sciolta. Nel secondo caso, sia o non pubblicato il patto di continuazione, egli ha diritto di ritenere la società come continuata.

11. — È interessante vedere ora quali sono le forme che nella pratica assume il patto di continuazione della società cogli eredi.

Questo studio è necessario perchè non è possibile — come pur si fa generalmente — discorrere della efficacia e della portata del patto di continuazione, se non si tiene presente che esso può assumere forme diverse, e che la discussione va fatta non già sopra un tipo astratto di convenzione, ma sopra le forme che la pratica ha creato.

Gli studi da me fatti sopra un gran numero di atti costitutivi conducono a stabilire tre forme fondamentali di patto di continuazione, le quali del resto rispondono appunto alle tre ipotesi logiche possibili in materia di continuazione:

a) Nella maggior parte dei casi il patto di continuazione è enunciato in modo puro e semplice, nei termini seguenti: «In caso di morte di uno dei soci, la società proseguirà egualmente cogli eredi del defunto fino allo spirare del contratto»; «Avvenendo la morte di uno o di ambedue i soci, la società non si estinguerà, ma si intenderà consolidata nel socio superstite e negli eredi dell'altro, o negli eredi di ambedue, succedendo gli eredi di ciascun socio nella somma dei diritti e dei doveri fatta dal presente contratto al loro autore»; «Nel caso di morte al socio defunto subentreranno i di lui legittimi eredi nei diritti e doveri ad esso assegnati nel presente contratto, senza che per tal causa la società debba essere sciolta» (1);

(1) Fra gli atti costitutivi da me visti posso citare i seguenti: Contr. 14 marzo 1895, reg. soc. 1895 n. 26, reg. trascr. n. 95; contr. 19 dicembre 1895, reg. soc. 1895, n. 85, reg. trascr. n. 387; contr. 31 ottobre 1895, reg. soc. n. 72, reg. trascr. n. 352; contr. 14 giugno 1895, reg. soc. n. 64, reg. trascr. n. 301; contr. 25 agosto 1896, reg. soc. 1896, n. 32, reg. trascr. n. 268; contr. 1 luglio 1896, reg. soc. n. 44, reg. trascr. n. 210; contr. 1 agosto 1897, reg. soc. 1897, n. 67, reg. trascr. n. 351; contr. 31 agosto 1897, reg. soc. 1897, n. 71, reg. trascr. n. 365; contr. 8 marzo 1897, reg. soc. n. 18, reg. trascr. n. 107; contr. 14 settembre 1894, reg. soc. 1897, n. 13, reg. trascr. n. 79; contr. 4 febbraio 1897, reg. soc. n. 12, reg. trascr. n. 75; contr. 12 luglio 1898, reg. soc. 1898, n. 57, reg. trascr. n. 325; contr. 5 febbraio 1898, reg. soc. 1898, n. 21, reg. trascr. n. 98; contr. 29 marzo 1899, reg. soc. 1899, n. 31, reg. n. 252 ecc.

b) Alcune volte il patto consiste soltanto in ciò, che è data facoltà agli eredi di continuare la società, se così loro piace. I soci superstiti sono tenuti ad accettare gli eredi come soci, e, in caso che essi preferiscano non far parte della società, a rimborsare loro la quota sociale e gli utili del defunto. Di regola la società, quando gli eredi preferiscano non farne parte, continua fra i superstiti: più di rado è data facoltà agli eredi di provocare addirittura lo scioglimento della società, quando essi non vogliano parteciparvi.

Le formule più usate sono le seguenti: « Nel caso di premorienza di uno dei soci, saranno tenuti i soci superstiti di continuare la società, quando così piaccia agli eredi del defunto »; « Nel caso di morte di uno dei soci gli eredi subentreranno nei suoi diritti ed obblighi contrattuali, salvo che essi volessero cedere la loro quota sociale a favore dei soci superstiti »; « In caso di morte di uno dei soci gli eredi potranno chiedere tanto la continuazione della società fino alla scadenza del termine stabilito, quanto lo scioglimento da effettuarsi a forma di legge » (1);

c) Altre volte infine gli eredi sono obbligati a continuare, quando così vogliono i superstiti, ai quali è pertanto data facoltà di ammetterli come soci o di disinteressarli restituendo loro il capitale e gli utili spettanti al loro autore (2).

(1) Cfr. i seguenti atti costitutivi: Contr. 14 novembre 1895, reg. soc. 1895, n. 75, reg. trascr. n. 367; contr. 15 aprile 1895, reg. soc. 1895, n. 31, reg. trascr. n. 134; contr. 25 maggio 1896, reg. soc. 1896, n. 37, reg. trascr. n. 183; contr. 17 dicembre 1896, reg. soc. n. 78, reg. trascr. n. 355; contr. 5 dicembre 1896, reg. soc. n. 76, reg. trascr. n. 352; contr. 31 luglio 1897, reg. soc. 1897, n. 69, reg. trascr. n. 355; contr. 15 novembre 1896, reg. soc. 1897, n. 57, reg. trascr. n. 327; contr. 11 marzo 1898, reg. soc. 1898, n. 22, reg. trascr. n. 99; contr. 29 gennaio 1898, reg. soc. n. 15, reg. trascr. n. 52; contr. 11 marzo 1898, reg. soc. n. 24, reg. trascr. n. 110, ecc.

(2) V. i contratti citati alla nota 1 a pag. 240. Non conto come vero patto di continuazione quello di cui pure ho trovato un esempio (V. contratto 23 maggio 1895, reg. società 1895 n. 44, reg. trascr. n. 196) che concede facoltà di continuare la società tanto agli eredi che ai soci superstiti; qui la continuazione dipende dalla volontà delle parti che pur potrebbero, anche senza patto, convenire la

12. — Sull'efficacia del patto di continuazione, le opinioni, già divise, possono oramai dirsi concordi nel ritenere che esso patto operi senza bisogno di alcuna dichiarazione espressa o tacita di volontà. La necessità di una tale dichiarazione era contrastata dagli antichi autori di diritto commerciale tedeschi, pei quali gli eredi avrebbero, in forza del patto, soltanto la facoltà di divenire soci. « Questi eredi — così riassume ottimamente tale opinione una celebre sentenza del Reichsgericht germanico — non diventano soci già soltanto per l'esistenza di quella clausola contrattuale e per la loro qualità di eredi del socio defunto di una società in nome collettivo continuata in base al contratto. Gli eredi assumono una tale qualità giuridica solo quando essi abbiano manifestato espressamente, o mediante atti concludenti, la loro volontà di continuare la società. Allora l'efficacia di questa dichiarazione si retrotrae al momento della morte. Dato questo presupposto, la società in nome collettivo continua cogli eredi, in modo che questi ne diventano soci. Da tale condizione giuridica consegue certamente che ogni erede deve rispondere solidariamente e con tutto il suo patrimonio di tutte le obbligazioni della società, anche se egli abbia adito l'eredità del socio defunto soltanto col beneficio dell'inventario ». (1).

Ma questa opinione è stata abbandonata oramai da tutti gli autori. E si ritiene generalmente senza difficoltà che, data la clausola contrattuale, la società continua di diritto cogli eredi del socio, senza bisogno di alcuna dichiarazione di vo-

continuazione, e non già dal patto, il quale, pertanto, non ha alcuna forza obbligatoria.

(1) V. la sentenza del Reichsgericht germanico del 17 marzo 1886 veramente dotta ed importante: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, vol. XVI, Leipzig 1887, pag. 53. Questa opinione fu accolta dal BRINKMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, continuato da ENDEMANN, Heidelberg 1853-60, § 50, pag. 184 e seg.; dal TREITSCHKE, *Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbe-gesellschaft und von Kommanditen*, Leipzig 1844, § 72, pag. 197 e seg.; dal MARTENS, *Grundriss des Handelsrechts*, Göttingen 1820, pag. 35 e più di recente, dal LASTIG, in *Endemann's Handbuch der Handels-See-und Wechselrechts*, I § 93, pag. 413. Nello stesso senso, nella dottrina francese il PONT, n. 594.

lontà, anzi, anche contro la volontà dell'erede (1). I dispareri incominciano quando si tratta di determinare quale è il fondamento di questa continuazione di diritto, se cioè essa trovi la sua base nelle norme del diritto successorio, o non piuttosto in quelle del diritto commerciale, sulle società. Questione d'importanza capitale non solo teorica, ma anche pratica, in quanto dalla soluzione di essa dipende — come vedremo in seguito — la determinazione della misura della responsabilità dell'erede che continua la società, in certi casi speciali.

Il tribunale supremo dell'impero germanico, nella sentenza già ricordata, la quale esercitò un influsso notevole su tutta la dottrina tedesca, stabilisce anzitutto che la disposizione di legge, per cui la società viene continuata cogli eredi, presuppone per la sua applicazione, in primo luogo, un contratto di costituzione di società in nome collettivo, nel quale sia contenuto il patto di continuazione, e in secondo luogo l'apertura della successione di quel socio, i cui eredi erano dal patto ammessi a continuare la società. A questi presupposti — prosegue la sentenza — la legge lega la conseguenza che la società in nome collettivo non si sciogla in seguito alla morte del socio, ma continui, e continui cogli eredi del defunto, i quali diventano soci della società in nome collettivo per forza di legge. Non si tratta qui di un obbligo derivante agli eredi come tali, cioè della successione ereditaria, ma di una conseguenza giuridica legata dalla legge ad un fatto determinato. Da ciò la conseguenza che l'obbligo degli eredi di rispondere dei debiti sociali è un obbligo legale e non contrattuale, e

(1) V. VIVANTE, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, Torino 1893-99, II, n. 650, pag. 87; VIDARI, *Corso di diritto comm.*, 4^a ediz., Milano 1893-98, II, n. 1845, pag. 277; BOLAFFIO, nel *Foro ital.*, 1892, 53; RODINO, *Dir. comm.*, 1900, 389 e 403; MARGHERI, *Il cod. di comm. ital. commentato*, Verona 1891, n. 649; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlino 1896, pag. 543, nota 5; VON HAHN, *Kommentar zum allgemeine deutsch. Handelsgesetzbuch*, Braunschweig, 1894, I, pag. 540; e la sentenza citata del Reichsgericht, *Entsch.*, XVI, pag. 66 e seg.

deve essere regolato dalle norme del diritto commerciale sulle società, e non già da quelle del diritto civile in materia di successione (1).

Questa artificiosa costruzione non può reggere davvero alla critica. Non si comprende infatti come debba andarsi in cerca di una obbligazione legale per spiegare la continuazione della società da parte degli eredi, quando il concetto della successione ereditaria ci spiega in modo così semplice perchè i diritti e gli obblighi del defunto, come socio, passino nell'erede. Il principio generale accolto dal diritto romano nella notissima l. 9, Dig. de prob., XXII, 3: *tam heredibus quam nosmetipsis cavemus*, è passato nell'art. 1127 del codice civile italiano: « si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa »: la norma pur generale che l'erede è tenuto per tutte le obbligazioni del defunto (art. 710, 968, 1027, 1029 codice civile italiano; § 1967 codice civile germanico) dovrebbero, di regola, valere anche in materia di società. E perciò, in via di principio, dovrebbero i diritti e gli obblighi del defunto come socio passare nei suoi eredi. Ma la legge, eccezionalmente, in contemplazione della natura personale del vincolo sociale, ha stabilito che esso resti troncato dalla morte, e che perciò il contratto di società, così come altri rapporti giuridici analoghi (locazione d'opera, mandato, ecc.) si sciogla colla morte di una delle parti. Ma se invece, in qualche caso, la legge ha stabilito che la società non si sciogla colla morte di un socio, e continui cogli eredi, questo caso costituisce una eccezione della eccezione, e perciò un ritorno alla regola. La quale è appunto il principio generale che, l'erede essendo il successore in *universum jus* del defunto, tutti i diritti e gli obblighi del *de cuius* passano in lui, non escluso il vincolo sociale. E perciò l'eccezione, stabilita dalla legge quando sia stipulato il patto di continuazione, conferisce all'erede la qualità di socio appunto perchè erede, perchè continuatore della personalità giuridica del defunto. Del resto, se mai vi fu ob-

(1) Sentenza cit. del Reichsgericht, *Entsch.*, XVI, pag. 56-59.

bligazione che meno potesse dirsi una obbligazione fondata sulla legge, è sicuramente questa dell'erede del socio in nome collettivo. Certo, in via generale, ogni obbligazione è fondata sulla legge, in quanto non può esservi rapporto giuridico che non sia riconosciuto dal legislatore, almeno nel nostro ordinamento giuridico. Anche il diritto derivante dagli usi può dirsi fondato sulla legge, in quanto è la legge che dà agli usi forza obbligatoria (art. 1 codice commerciale). Ma una obbligazione non può dirsi legale se non quando essa deriva immediatamente dalla legge: quando invece la legge non adempie che a quella funzione generica di stabilire le condizioni generali, verificatesi le quali sorge il vincolo giuridico, l'obbligazione non può dirsi legale, ma secondo la natura del fatto a cui la legge ha legato quelle conseguenze giuridiche, dovrà dirsi contrattuale, *ex delicto*, *quasi ex delicto*. Nel caso attuale la legge non è affatto intervenuta immediatamente, specificamente a regolare la condizione dell'erede: essa ha soltanto ristabilito la efficacia obbligatoria del contratto; lungi dal sostituirsi alla volontà delle parti o dal reprimerla come faceva il diritto romano, essa ha tolto l'antico divieto del patto di continuazione. Come può ragionevolmente dirsi che l'obbligazione dell'erede è fondata esclusivamente sulla legge? Questo è sostenere proprio il contrario della verità. La legge, cogli articoli 1732 cod. civ. e 189 cod. comm. ha inteso, non di creare una obbligazione all'infuori del contratto, ma di concedere ai contraenti piena libertà di contrattazione. Infine non è a tacersi che questa insostenibile dottrina del Reichsgericht è in pieno contrasto con la realtà delle cose. I patti di continuazione inseriti negli atti costitutivi della società dicono spesso esplicitamente che negli eredi si intendono trasferiti tutti i diritti e i doveri dei soci. Eccone alcuni esempi: « Avvenendo la morte di uno o di ambedue i soci, la società non si estinguerà, ma si intenderà consolidata nel socio superstite e negli eredi dell'altro, o negli eredi di ambedue, succedendo gli eredi di ciascun socio nella somma dei diritti e dei doveri

ministratori di fare nuove operazioni solo nei due casi sopracennati e in quello in cui la morte di un socio rende impossibile la esistenza della società, a partire dal momento in cui tali avvenimenti si compiono; e negli altri casi di scioglimento solo dal momento in cui la società è dichiarata in liquidazione dai soci o dal tribunale; 3° dagli articoli 96, 100 e 103, pei quali lo scioglimento anteriore al termine stabilito dal contratto deve risultare da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci, e non ha effetto, rispetto ai terzi, se non sia trascorso un mese dalla pubblicazione dell'atto di scioglimento (1).

Fino a che dunque uno dei soci non abbia dichiarato di volere lo scioglimento della società questa continua. Si tratta, è vero, di una continuazione precaria, in quanto basta la volontà di un socio per far cessare la società, ma, intanto, fino a che questa volontà non è manifestata, la società vive, i rapporti sociali sussistono, e sussiste la responsabilità dei soci per le obbligazioni assunte in nome sociale.

Le differenze tra il caso di continuazione per mancata denuncia, e quello di continuazione per patto intervenuto posteriormente alla morte tra gli eredi e i soci superstiti sono evidenti. Quando vi è stata una manifestazione espressa o tacita di volontà da parte di tutti i soci costituente un contratto per la continuazione della società, il contratto legando tutti i soci, la società dovrà continuare fino al termine stabilito nel contratto primitivo, o fino al nuovo termine fissato nel nuovo contratto. Quando invece non vi è stato contratto, ma la continuazione è avvenuta solo per mancata denuncia, la società potrà risolversi ad ogni istante, per la volontà di uno solo dei soci.

III.

14. — Poichè qui ci occupiamo della continuazione della società cogli eredi, occorre studiare alcune importanti questioni che si riferiscono appunto alla qualità di erede.

(1) V. le citazioni fatte alla nota 1 a pag. 245.

Chi sia erede, si determina secondo le regole del diritto civile (1).

Ed applicando appunto le norme del diritto civile dovremo inoltre concludere :

a) Che il patto di continuare la società cogli eredi non riguarda punto il legatario. Questi non potrà neppure pattuire la continuazione della società dopo la morte del socio. Ciò si comprende quando si pensi che il legatario non è erede, non succede cioè *in universum jus* al defunto : è invece un successore a titolo particolare che non rappresenta affatto il defunto (2). Il legatario non potrà pattuire la continuazione neanche quando gli fu lasciata in legato dal *de cujus* la sua quota sociale. Se la quota sociale è attiva, cioè il defunto ha un diritto di credito verso la società per il capitale versato e gli utili, il legato sarà valido solo per la parte di credito esistente al tempo della morte del testatore (art. 844 cod. civ.). Se è passiva, il legato non ha effetto, giacchè il legato per essere valido deve contenere un beneficio per il legatario (art. 845 codice civile) (3). In nessun caso adunque il legatario può subentrare al posto del defunto come socio in forza della sola sua qualità di legatario.

15. — b) Che il patto, non di rado contenuto nei contratti di società, per cui viene designato specificamente colui il quale alla morte del socio dovrà prenderne il posto e continuare la società, non urta affatto contro il divieto dei patti di successione futura, stabilito dagli articoli 954, 1118, 1460 codice civile italiano, e 791, 1130, 1600 codice francese. Questo patto può riuscire praticamente utilissimo, perchè determina e rende certa la persona del futuro socio, la quale è sicuramente gra-

(1) V. STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6^a e 7^a edizione, Berlino 1899, pag. 446, annotazione 4; VIEZENS, *Das Fortbestehen*, ecc., pag. 108.

(2) CHIRONI, *Ist. di diritto civile*, II, § 48; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 623; cod. civ., art. 863.

(3) CHIRONI, *Istituzioni*, § 481; GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, 4^a ediz., Firenze 1895, pag. 309.

dita agli altri consoci che l'hanno scelta ed approvata, perchè sottrae la continuazione della società alle incertezze ed ai pericoli della successione ereditaria e all'imbarazzante situazione in cui può trovarsi la società in caso di rinunzia dell'erede istituito: perchè, di solito la persona destinata a divenir socio, viene impiegata nell'azienda sociale, di cui prende conoscenza, e alla quale s'interessa (1). Che il divieto dei patti di successione futura non colpisca questa clausola del contratto di società, è chiaro quando si ricordi che la dottrina civilistica è oramai concorde nel ritenere che per darsi patto di successione futura debbono concorrere tre requisiti: 1° che il patto sia fatto nella previsione dell'apertura di una successione; 2° che la cosa, oggetto di questo contratto, debba trovarsi nella successione; 3° che la cosa sia considerata come dovente appartenere al promittente a titolo successivo (2). Ora il dubbio che il patto di continuazione con una persona designata possa essere colpito dal divieto dell'art. 1198 codice civile non può provenire che dal fatto di essere la quota sociale del socio destinata a passare, dopo la morte di lui, nel continuatore designato (patto sulla successione propria) o dal fatto che gli altri consoci stipulano sulla successione del socio, di cui si designa il continuatore (patto sulla successione altrui). Ma è evidente che qui non si ha nè patto sulla successione propria, nè patto sulla successione altrui. Non sulla propria perchè — come dice ottimamente il Larombière — la legge proibisce i patti sulla propria successione, perchè non si può alienare la libertà di testare, mentre non costituisce affatto

(1) V., ad es., contr. 8 marzo 1897, reg. società 1897, n. 18, reg. trascr., n. 107: «In caso di decesso del socio capitalista sig. Cesare Giorgi succederanno in tutti i diritti azioni e ragioni derivanti dal presente contratto i di lui eredi, mentre verificandosi il decesso di uno dei De Rossi, succederà l'altro; in caso poi di decesso di ambedue i De Rossi, il presente contratto s'intenderà *ipso jure* risoluto, salvo la liquidazione da farsi a forma di legge». V. anche reg. società 1899, n. 3 (società in accomandita semplice Marengo e C.).

(2) V. LAROMBIÈRE, *Obligations*, sull'art. 1130, n. 14, I, pag. 108; TOULIER, *Le droit civil français*, VI, n. 115; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 344; GIORGI, *Obbligazioni*, 4ª edizione, III, n. 333.

alienazione della libertà di testare il contrattare una obbligazione sottoposta a un termine o ad una condizione la cui scadenza o il cui verificarsi coincide coll'apertura della successione dell'obbligato: in ultima analisi, qui non si ha che una obbligazione su cose presenti, modificata nella sua esecuzione (1). Non vi è neppure patto sull'altrui successione da parte degli altri soci perchè non è affatto nella successione del socio che si dovrà prendere l'oggetto della convenzione.

Ma se, indubbiamente, questi patti di continuazione con continuatori designati sono leciti, essi non costituiscono veri patti di continuazione cogli eredi. Il continuatore designato, non subentra nella società al defunto *iure hereditario*, e perciò sarà obbligato ad entrarvi solo se anch'egli fu presente al contratto o vi aderì posteriormente: altrimenti egli avrà una semplice facoltà di entrare nella società alla morte del socio (2).

16. — c) Un'altra conseguenza della applicazione delle norme del diritto successorio alla continuazione della società cogli eredi è che la clausola « di continuare la società cogli eredi » comprende non soltanto l'erede immediato, ma anche l'erede dell'erede. L'erede essendo il successore *in universum jus* del socio defunto, e l'erede dell'erede essendolo ugualmente del primo erede divenuto socio, anche il nuovo erede succederà nei diritti sociali attivi e passivi del primo erede. Questa regola soddisfa perfettamente agli scopi della continuazione ed assicura la durata della società fino al termine stabilito, difendendola contro la malaugurata eventualità della morte dell'erede del socio (3).

In un solo caso le regole del diritto civile non permettono sempre il passaggio della qualità di socio all'erede dell'erede. Ciò avviene quando l'erede premuoia al socio. In tal caso,

(1) LAROMBIÈRE, n. 8 e 10.

(2) VIEZENS, *op. cit.*, pag. 117, nota 66.

(3) VIEZENS, *op. cit.*, pag. 116 e 117 BEHREND, *op. cit.*, pag. 549, nota 5.

poichè non può darsi eredità di persona vivente, la quota sociale non è mai entrata nel patrimonio del primo erede, e non può, di regola, neppur trapassare all'erede dell'erede (1). Soltanto, allorchè l'erede premorto abbia lasciato discendenti, questi subentrano nell'eredità, e perciò nella quota sociale, nei casi e nei modi indicati dal codice civile (art. 890 cap., 730, 732).

IV.

17. — Gli effetti della continuazione sono assai semplici: quanto alla società essa resta la medesima; inalterata resta la ragione sociale; inalterati i rapporti della società coi terzi; inalterati i rapporti interni fra soci stabiliti nell'atto costitutivo e nello statuto (2). Quanto all'erede esso subentra come socio a responsabilità illimitata al posto del defunto, e risponde illimitatamente di tutte le obbligazioni sociali anteriori e posteriori alla morte del *de cuius*. Egli diviene socio per il solo fatto dell'accettazione dell'eredità e con effetto dal momento della morte del *de cuius* (articoli 923 e 932 codice civile) (3). Lo diviene senza bisogno di alcuna speciale dichiarazione di volontà (4) e anche contro la sua volontà, non potendo egli sciogliersi dal vincolo sociale se non col consenso unanime di tutti i consoci (art. 1123 cod. civ.). Ed egualmente, non possono, senza il suo consenso, i consoci escluderlo dalla società, salvo i casi stabiliti dalla legge (5).

Questi i principii, semplici ed evidenti. I quali tuttavia offrono qualche difficoltà nella loro applicazione, in alcuni casi, in riguardo alla qualità, alla condizione giuridica, al

(1) Art. 890 cod. civ.; CHIRONI, *Ist.*, § 439.

(2) V. BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlino 1896, pag. 551. Quindi il termine della società resta egualmente inalterato: BEHREND, *op. cit.*, loco citato.

(3) THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Parigi 1898, pag. 215, n. 345; VIEZENS, *op. cit.*, pag. 133.

(4) V. quanto abbiamo detto precedentemente ed autori citati alla nota 1 a pag. 253.

(5) THALLER, *op. cit.*, loco cit.; VIVANTE, II, n. 650 e 651.

numero degli eredi. Queste difficoltà concernono più specialmente:

- a) l'erede beneficiato;
- b) l'erede minore;
- c) l'erede donna maritata;
- d) la pluralità di eredi;
- e) l'erede del socio amministratore.

Di ognuno di questi casi parleremo singolarmente.

18. — Quando l'erede che deve continuare la società abbia accettato l'eredità col beneficio dell'inventario, tra le norme del diritto commerciale sulla responsabilità dei soci in nome collettivo ed accomandatari, e le regole del diritto civile sugli effetti del beneficio di inventario esiste una antinomia che risulta evidente da un confronto tra gli articoli 76 codice commerciale e 968 codice civile. Mentre infatti lo art. 76 codice commerciale stabilisce che i soci in nome collettivo e gli accomandatari rispondono in solido ed illimitatamente per le obbligazioni della società, l'art. 968 cod. civ. concede all'erede beneficiato di non essere tenuto al pagamento di debiti ereditari oltre il valore dei beni a lui pervenuti, e di potersene liberare cedendo ai creditori tutti i beni dell'eredità.

In Francia e in Germania si è cercato di togliere di mezzo questa antinomia tra le disposizioni legislative corrispondenti a quelle dei nostri art. 76 codice commerciale e 968 codice civile, col negare addirittura ogni efficacia al beneficio d'inventario in questo caso, dando la prevalenza assoluta ai principi del diritto commerciale. Per giungere a questo risultato senza violare le norme del diritto successorio, si è fatto ricorso a varie dottrine, che mi propongo di qui brevemente esaminare.

Il tribunale supremo dell'impero germanico, nella nota decisione del 17 marzo 1886, già menzionata, giustifica la responsabilità dell'erede beneficiato *ultra vires hereditarias*, contro i principi del diritto successorio mediante una obbliga-

zione legale, che sarebbe contenuta nell'art. 123 n. 2 del codice di commercio germanico. Questo articolo stabilisce che la società in nome collettivo si scioglie per la morte di uno dei soci, quando il contratto non determina che la società debba continuare cogli eredi del defunto. Per il tribunale supremo l'obbligo dell'erede di rispondere delle obbligazioni sociali deriverebbe direttamente dalla legge, e non dalla qualità di erede, e perciò gli deriverebbe senza alcuno dei benefici che il diritto delle successioni concede all'erede (1). Ma questa interpretazione falsa evidentemente il concetto e la portata dell'art. 123 (uguale sostanzialmente, in questa parte, all'art. 191 del nostro codice). Quella disposizione legislativa non crea obbligazioni dirette: essa permette ai soci di obbligare i loro eredi al contratto sociale, e perciò questi ripetono la qualità di soci esclusivamente dalla loro qualità di successori *in universum jus* del defunto e non già dalla legge direttamente (2).

Il Viezens fonda invece la inefficacia del beneficio d'inventario sopra una obbligazione tacita assunta dall'erede direttamente quando adisce l'eredità. Se il chiamato all'eredità — dice il Viezens — ha preso conoscenza dello stato della successione, ed in particolare ha saputo che in essa vi è anche l'obbligazione, per l'erede, di continuare, in forza di un patto stipulato dal *de cujus*, una società in nome collettivo, ed accetta l'eredità, quantunque col beneficio d'inventario, con ciò egli viene a far conoscere, sia pure tacitamente, ma in modo non dubbio, che egli si riserva la limitazione della responsabilità alle forze ereditarie solo in quanto essa possa conciliarsi cogli obblighi indeclinabili del socio di una società in nome collettivo (3).

La costruzione del Viezens mi sembra, in realtà, assai poco

(1) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, XVI, pag. 36 e seg.

(2) Questa dottrina del tribunale supremo fu respinta anche dal VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 148.

(3) V. VIEZENS, *op. cit.*, pag. 149 e seg.

solida. Questa teorica della obbligazione tacita costituisce, in fondo, un vero ritorno alla dottrina che dava al patto di continuazione la sola portata di conferire all'erede la facoltà di diventare socio. Perchè, in realtà, il ricorrere ad una obbligazione tacita per giustificare la responsabilità illimitata dell'erede, presuppone una facoltà nel chiamato all'eredità di obbligarsi o no. E se, per avventura, al momento di accettare l'eredità, il chiamato dichiara esplicitamente di non volersi assumere, per le obbligazioni derivanti dal contratto sociale, una responsabilità che oltrepassi le forze ereditarie? Dove se ne va la obbligazione tacita di fronte ad una espressa dichiarazione contraria? Nè si dica che trattasi di una *protestatio facto* contraria e perciò inefficace, perchè qui non vi è altro fatto che l'accettazione dell'eredità, e, dando all'accettazione la forza di annullare una dichiarazione contraria di volontà, si fonda l'obbligazione dell'erede non più sulla sua volontà, ma sulla sua qualità di erede, e si finisce così per non risolvere nè giustificare nulla.

I signori Lyon Caen e Renault battono invece altra via per giungere alla stessa conclusione « Si l'héritier bénéficiaire — dicono questi autori — n'est tenu que sur les biens de la succession, c'est seulement pour les dettes héréditaires, c'est-à-dire pour les dettes, qui existant déjà à la charge du défunt, ont passé à ses héritiers. L'obligation de l'héritier bénéficiaire n'est point restreinte pour les dettes nées après la ouverture de la succession. Le bénéfice d'inventaire s'applique ainsi aux dettes de la société antérieures au décès de l'associé, mais il ne saurait avoir d'effet quant aux dettes sociales contractées postérieurement » (1).

Ma questo concetto degli effetti prodotti dal beneficio di inventario, è assolutamente inesatto. La legge parla (art. 968 cod. civ.) di debiti ereditari e non già di debiti del defunto (2).

(1) LYON CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris 1889-98. II, n. 319.

(2) TOULLIER, *Le droit civil français, continué par DUVERGIER*, 6^a edizione, Paris (senza data), II, 2, pag. 226, n. 355.

E che l'obbligazione proveniente da un contratto di società stipulato dal defunto non sia un debito ereditario, appartenente cioè alla eredità, mi par difficile sostenere. Gli autori di diritto civile sono infatti concordi su questo punto: che l'erede con beneficio d'inventario risponde personalmente solo quando l'obbligazione derivi dal suo fatto o dalla sua colpa, e non già dalla sola sua qualità di erede beneficiario (1).

Constatata così la insufficienza di queste dottrine che tentano di giustificare l'asserita inefficacia del beneficio d'inventario per le obbligazioni derivanti dal contratto di società stipulato dal defunto con patto di continuazione, conviene concludere che una tale opinione è, di fronte ai principii del diritto ereditario, insostenibile. Vediamo invece come si giustifichi, di fronte ai principii del diritto commerciale, la teorica opposta, che noi accogliamo, per la quale l'obbligazione dello erede non può estendersi, neppure in questo caso speciale, *ultra vires hereditarias*.

Il prof. Thaller, che pure giunge alla nostra conclusione, si appoggia sulla personalità giuridica della eredità beneficiata. La perfetta autonomia patrimoniale della eredità beneficiata lo persuade ad affermare che non l'erede (e perciò neppure il minore) sia il vero socio, ma l'eredità, la quale risponde infatti dei debiti sociali illimitatamente, con tutte le sue forze (2).

Questa soluzione che eliminerebbe sicuramente non poche difficoltà, che spiegherebbe benissimo la coesistenza del beneficio d'inventario colla responsabilità illimitata, non può certo dirsi infondata sulla base della legge positiva. La condizione giuridica della eredità beneficiata è realmente molto prossima

(1) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 4^a ediz., Parigi 1870, XV, n. 160; LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles 1874, X, n. 12; PACIFICI-MAZZONI, *Delle successioni*, Firenze 1876, II, pag. 268, n. 153; LOSANA, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Torino 1888, pag. 213, n. 282; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 2^a edizione per DEMANGEAT, Parigi 1877, II, pag. 143, n. 291.

(2) THALLER, *Continuation d'un fond de commerce par un héritier mineur*, negli *Annales de droit comm.*, 1894, pag. 245 e 248.

a quella di un patrimonio costituito in persona giuridica. Intanto i creditori della eredità non possono far valere i loro diritti che sui beni della eredità: essi sono esclusi affatto dal patrimonio particolare dell'erede (art. 968₂, art. 969₂ codice civile); e, viceversa, hanno un diritto esclusivo sul patrimonio ereditario, dal quale essi escludono i creditori particolari dell'erede. Fra l'erede e la eredità beneficiata vi sono rapporti di debito e credito (art. 968₃); l'erede è considerato come amministratore dei beni della eredità beneficiata, della sua amministrazione deve render conto ai creditori ed ai legatari (art. 969₁) e se fa atti di disposizione non autorizzati dal giudice, decade dal beneficio d'inventario (art. 973 e 974). Da questa amministrazione può liberarsi cedendo i beni della eredità (art. 968₂) (1). Tutte queste disposizioni conferiscono alla eredità beneficiata una autonomia patrimoniale forse più rigorosa di quella delle stesse società commerciali. Malgrado ciò riconosco che è grave attribuire alla eredità beneficiata la personalità giuridica: ed è grave principalmente perchè, malgrado il beneficio d'inventario, l'erede beneficiato rimane erede, cioè successore *in universum jus* del defunto, e quindi anche nella proprietà dei beni ereditari (2). La base della nostra dottrina sarebbe perciò troppo controversa se accettassimo il ragionamento del Thaller. Senza dunque disconoscerne il valore e l'importanza, tenteremo di giustificare diversamente la coesistenza della responsabilità illimitata col beneficio d'inventario.

La soluzione della controversia dipende per noi dal significato che si dà alla locuzione: responsabilità illimitata. Si tratta qui di una di quelle espressioni che, per dirla con una frase giustissima del Manara « ricevono determinatezza di si-

(1) V. MOURLON, II n. 294; PACIFICI-MAZZONI, *Delle Successioni*, II, n. 166 e 167, pag. 282, 283 e seg.; RICCI, *Corso di diritto civile*, Torino 1886, IV, n. 50; LAURENT, X, n. 102.

(2) POTHIER, *Successions*, cap. III, sez. 2, art. 2; MERLIN, *Répertoire*, voce *Bénéfice d'inventaire*, n. 25; TOULLIER, *Le droit civil français*, IV, pag. 359; MOURLON, II, n. 288; CHIRONI, *Ist.*, § 461, II, pag. 400.

gnificato dalla correlazione in cui si mettono con altre» (1). La responsabilità illimitata adunque dei numeri 1 e 2 dello art. 76 codice commerciale va messa in correlazione colla responsabilità limitata del n. 2 seconda parte e del n. 3 dello stesso articolo. Per il codice di commercio vi è responsabilità limitata quando il socio non risponde oltre a ciò che ha conferito nella società, quando egli è tenuto soltanto fino alla somma conferita (cfr. art. 76 n. 2, seconda parte, e n. 3; articolo 117 cod. comm.). E per conseguenza vi è responsabilità illimitata quando il socio non soltanto garantisce le obbligazioni sociali colla quota conferita, ma risponde inoltre di queste obbligazioni sul patrimonio non conferito: responsabilità illimitata è dunque, in genere, l'obbligo di garantire le obbligazioni sociali oltre le cose conferite (2). Tale il concetto che della responsabilità illimitata si può desumere dalle disposizioni di legge sulle società commerciali. Per stabilire poi la misura di questo obbligo del socio, che noi sappiamo eccedente la semplice quota da lui conferita in società, bisogna ricorrere al diritto comune. Ed il diritto comune pone infatti in via generale la regola: chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (arti-

(1) MANARA, nella *Giur. it.*, 1899, I, 2, 77.

(2) La contrapposizione tra responsabilità limitata e responsabilità illimitata e quindi il concetto da noi accolto di quest'ultima risulta meglio dal codice germanico (anno 1897), § 105: « Eine Gesellschaft... ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafters die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist ». Si vede che la responsabilità illimitata non deve esservi che rispetto ai creditori sociali, perchè vi sia una società in nome collettivo: tra i soci può essere, anzi è, limitata, perchè ognuno dei soci non è tenuto a conferire che la sua quota. Quando l'obbligo rispetto ai terzi coincide coll'obbligo, rispetto ai soci, vi è responsabilità limitata; quando non coincide, ma eccede l'obbligo rispetto ai soci, vi è responsabilità illimitata. V. STAUB, *Kommentar*, 6^a e 7^a edizione, Berlino 1899, pag. 350. La contrapposizione medesima, da cui discende il nostro concetto della responsabilità illimitata secondo l'art. 76 cod. comm. è esplicitamente accennata dal BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlino 1896, pag. 459: « Die unbeschränkte Haftung steht im Gegensatz zum Beschränkung auf Vermögenseinlagen ».

colo 1948 cod. civile). Questa dunque sarà, di regola, la portata della responsabilità illimitata. Ma alla regola posta nell'articolo 1948 lo stesso diritto comune arreca una quantità di eccezioni: così la moglie non è tenuta ad adempiere le obbligazioni contratte coi beni costituenti la dote, i quali sono sottratti completamente ai creditori (art. 1404, 1405, 1407 codice civile): così sono completamente sottratti all'esecuzione forzata da parte dei creditori gli stipendi e le pensioni civili e militari dovute dallo Stato (1), e per quattro quinti gli stipendi e pensioni dovute dai Comuni, dalle provincie, dalle camere di commercio, ecc. (2); sono sottratti all'esecuzione gli assegni alimentari (art. 592 cod. proc. civile), le cose strettamente necessarie alla esistenza e all'esercizio professionale del debitore (articoli 585 e 586 cod. proc. civile). Altre eccezioni al principio scritto nell'art. 1948 cod. civile si trovano nel codice di commercio: il proprietario non è tenuto oltre la nave ed il nolo per le obbligazioni derivanti dal fatto del capitano o dell'equipaggio, benchè qui si tratti di vera obbligazione personale (art. 491); il caricatore può liberarsi dallo obbligo di pagare il nolo per i liquidi che siano colati dalle botti, abbandonando le botti stesse (art. 581 cod. comm.). Ora, fra tutte queste eccezioni alla regola dell'art. 1948 cod. civile una delle più importanti è appunto quella che concerne l'erede beneficiato. Questi, come successore *in universum jus* del defunto, è certo obbligato personalmente per le obbligazioni assunte dal *de cuius*, ma non è già obbligato con tutti i suoi beni presenti e futuri, bensì soltanto con quelli dell'eredità (3).

(1) Art. 521 cod. proc. civ.; art. 45 legge 14 aprile 1864; articolo unico legge 17 giugno 1864; art. 72 legge 21 febbraio 1895.

(2) Art. 1 legge 26 luglio 1888.

(3) Questo concetto della responsabilità personale è il risultato di una evoluzione secolare. Nell'antico diritto romano, l'obbligazione non si concepisce come eseguibile che sulla persona del debitore. In seguito il vincolo passò dalla persona al patrimonio: ma al patrimonio considerato in modo assoluto nella sua universalità, in modo che si addiveniva alla *bonorum venditio* di tutto il patrimonio anche quando vi fosse stato un solo creditore, il cui credito fosse stato assai inferiore al valore del patrimonio del debitore (BETHMANN-

E' dunque ai principii del diritto ereditario che bisogna ricorrere per determinare la natura e la misura della responsabilità illimitata quando il socio ha ricevuto per eredità la quota sociale (1).

HOLWEGG, *Der röm. Civilprozess*, Bonn 1864-66, II, § 114, p. 672). Infine si ammise la possibilità di eseguire l'obbligazione sopra una parte soltanto del patrimonio (*pignoris capio, bonorum distractio*), e si concesse al debitore che avesse ceduto spontaneamente i beni il *beneficium competentiae* (WLASSAK nella PAULY's *Realencyclopädie*, voce *Cessio bonorum*, 2ª edizione del Wissowa; RUDORFF, *Röm. Rechtsgeschichte*, Leipzig 1857-59, II, pag. 304). Questa evoluzione è continuata nel diritto moderno, in cui il principio dell'art. 1948 cod. civile va sempre più temperandosi e può dirsi sia scomparso il concetto della assoluta illimitazione della responsabilità personale (v. BEKKER, *System des heut. Pand. R.*, Weimar 1886-89, I, § 25, pag. 79; STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1897, pag. 21 e seg.). Ma per chi, disconoscendo la importanza di questa evoluzione, voglia assumere nel significato più assoluto e letterale la responsabilità illimitata dell'art. 76 cod. comm., l'unica soluzione logica sarebbe quella di negare efficacia obbligatoria al patto di continuazione per l'erede beneficiario, e ciò in base all'art. 956 cod. civ. (vedi STAUB, pag. 446). Soluzione, che ha il gravissimo inconveniente di rendere sempre la continuazione facoltativa per l'erede, il quale potrebbe, in ogni caso, accettando l'eredità col beneficio d'inventario, acquistare il diritto di entrare o non entrare nella società, come a lui più piace. E così per tener fede a un concetto della responsabilità illimitata che l'evoluzione storica e il diritto vigente concordemente condannano, si renderebbero lettera morta gli art. 191 cod. comm. e 1729 cod. civ., si negherebbe valore alla volontà contrattuale, si concederebbe all'erede il diritto esorbitante di attendere i risultati dell'azienda sociale, per partecipare agli utili, se ve ne furono, per sottrarsi alle perdite, se gli affari della società volsero al peggio. Il nostro concetto invece della responsabilità illimitata, nel contratto di società, spiega anche perchè noi riteniamo possibile la partecipazione di una società anonima, ed in genere, di una persona giuridica, come socio a responsabilità illimitata di una collettiva. Per le persone giuridiche la dottrina può dirsi concorde: vedi BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pag. 462, sub. III; STAUB, *Kommentar*, pag. 350, annotazione 19; e la giurisprudenza del Reichsgericht, *Entsch.*, XXXVI, pag. 139; per la società anonima il campo è diviso: ritengono possa essa diventare socio in nome collettivo ELTZBACHER, nella *Zeitschrift* di GOLDSCHMIDT, XLV, pag. 64; PUCHELT, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, sull'art. 86; RENAUD, *Das Recht der Kommanditgesellschaften*, pag. 137. Ma vedi contro VIVANTE, I, n. 290, sub. 4; BEHREND, pag. 463, nota 8; STAUB, pag. 350 e 351.

(1) La prevalenza delle norme del diritto ereditario, già contrastata in Germania, v. ANSCHÜTZ und v. VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, II, pag. 274 e seg.; BEHREND, *Lehr. des Hand. R.*, pag. 549, nota 5; VIEZENS, *Zeitschrift für d. ges. H. R.*, XXXV, pag. 146 e

19. — Gravi difficoltà sorgono anche quando l'erede del socio illimitatamente responsabile è minore. I dubbi derivano appunto da ciò che il minore verrebbe ad assumere la qualità di socio a responsabilità illimitata: dal qual carattere della responsabilità si traggono appunto i tre capitali argomenti che si oppongono contro l'efficacia del patto di continuazione nel caso di un erede minore: la qualità di commerciante che assumerebbe il minore: la difficoltà di conciliare la qualità di socio responsabile senza limitazione con quella di erede beneficiario che per legge spetta al minore (art. 226 codice civile): l'assunzione da parte del minore di una responsabilità illimitata dalla quale verrebbe frustrata la norma legislativa che il minore non può essere obbligato per atti eccedenti la semplice amministrazione senza l'autorizzazione del magistrato.

Per vincere questi veri o supposti ostacoli varie dottrine

seg., fu definitivamente consacrata dal codice germanico del 1897, § 139. Sulle significative disposizioni di questo articolo vedi STAUB, *Kommentar*, 6^a e 7^a edizione, Berlino 1899, pag. 445 e seg. La soluzione adottata nel testo è accolta unanimemente dalla giurisprudenza italiana: vedi Appello Perugia, 6 luglio 1891, *Foro it.*, 1892, 50; Cass. Roma, 14 giugno 1892, *Foro it.*, 1892, 888; App. Roma, 11 luglio 1893, *Foro it.*, 1894, 221; Cass. Roma 13 marzo 1896, *Foro it.*, 1896, 783. La Corte d'appello di Venezia, 31 marzo 1898, *Dir. comm.*, 1898, 587 e seg. decise che l'erede beneficiario minore il quale, autorizzato dal tribunale, prosegue il commercio del defunto in società con altri, si obbliga illimitatamente. La decisione fu giusta, perchè, nella specie, la quota sociale non faceva parte dell'eredità, mancando il patto di continuazione: si trattava di una obbligazione assunta personalmente dall'erede. Nel senso del testo è la dottrina più autorevole, antica e moderna, v. CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, disc. CXLVI, n. 15 e 16, vol. II, pag. 76: «In secundu caso heredes non obligant bona propria, sed tantum testatoris et etiam bona ad eum per fideicommissum relicta. Quod tamen intelligendum est, dummodo heredes adiverint hereditatem cum beneficio legis et inventarii et se declaraverint continuare societatem in vim tantum praecepti testatoris». Così pure HOUPIŃ, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, I, Paris 1893, n. 138; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 77; II, n. 650; BONELLI, *Appunti sul fallimento delle società commerciali*, estratto dalla *Riv. it. per le scienze giur.*, 1897, pag. 25, e, anche sotto l'impero del precedente codice di commercio germanico, l'HAHN, *Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch*, volume I, Braunschweig, 1894, pag. 540 *Contra* RODINO, *op. cit.*, pag. 406.

sono state esposte, dalle quali l'efficacia del patto di continuazione quando l'erede è minore, viene, in maggiore o minor misura, infirmata o condizionata.

Una prima opinione, abbastanza diffusa nella dottrina francese e sostenuta in Italia con molto vigore dal prof. Sraffa in due scritti successivi (1), nega la validità del patto di continuazione quando l'erede del socio in nome collettivo od accomandatario sia minore degli anni diciotto. Essa concede agli eredi minori del socio di far parte della società, soltanto quando possano essere emancipati ed autorizzati all'esercizio del commercio. Questa opinione si fonda, in Francia, sulla mancanza d'un testo legislativo che autorizzi il minore degli anni diciotto a continuare il commercio a mezzo del genitore esercitante la patria potestà, o del tutore. Soltanto al minore che abbia raggiunto la età di diciotto anni il codice di commercio francese permette di esercitare il commercio, purchè sia regolarmente emancipato ed autorizzato. Ma il minore dei diciotto anni, anche emancipato (ad es. la donna per causa di matrimonio) non può, in Francia, divenire commerciante, e neppure quindi assumere la qualità di socio in nome collettivo od accomandatario (2). La disposizione dell'art 12 cod. comm. ital. e quella dell'art. 299 cod. civile tolgono che una simile argomentazione abbia valore nel diritto italiano. E perciò lo Sraffa giustifica la dottrina colla considerazione che l'art. 12 contempla il caso della continuazione del commercio nell'interesse del minore, non già quello della partecipazione del minore in una società commerciale come socio a responsabilità illimitata. I principii generali — dice lo Sraffa

(1) DUVERGIER, *Le droit civil français*, par TOULLIER, V, Paris 1839, n. 441; DELANGLE, *Des sociétés commerciales*, Bruxelles 1844, n. 651; LYON-CAEN et RENAUT, *Traité*, II, n. 319; TESTOUD, *Revue critique de législation et jurispr.*, 1889, 167; SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, 1^a ediz., Firenze 1891, n. 4, pag. 14 (nella seconda edizione, Firenze 1899, la parte concernente le cause di scioglimento della società è omessa): ID., *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 148 e seguenti.

(2) Cod. franc., art. 2; LYON CAEN et RENAUT, II, n. 319.

— vietano ai legali rappresentanti dei minori di concorrere alla costituzione di società in nome collettivo, e di società in accomandita, in cui il minore debba entrare come accomandatario. E, in mancanza di una esplicita disposizione che deroghi a quei principii, non è lecito all'interprete trarre argomento a favore della efficacia del patto da una interpretazione analogica, a cui resiste l'indole eccezionale dell'art. 12 cod. commerciale. Nè — aggiunge lo Sraffa — la differenza legislativa esistente tra la continuazione del commercio e la partecipazione ad una società come socio a responsabilità illimitata, è senza giustificazione d'indole pratica e teorica. Il commercio del minore dovendo essere esercitato sempre dal genitore avente la patria potestà, o dal tutore personalmente o a mezzo di un istitutore da essi preposto, qualunque danno eventuale possa risentirne il minore, sarebbe coperto dalla responsabilità personale del rappresentante. Il che non avverrebbe se il minore fosse ammesso a far parte di una società della cui amministrazione è responsabile il gerente e non già il rappresentante del minore. Infine lo Sraffa deduce dall'art. 15 cod. comm., il quale concede implicitamente al tribunale la facoltà di revocare la concessa autorizzazione ad esercitare il commercio, la impossibilità di includere in questa espressione la facoltà di far parte di una società in nome collettivo o di una accomandita come accomandatario (1).

La seconda opinione non nega in modo assoluto la efficacia del patto di continuazione, anche se il minore non sia emancipabile, nè possa essere autorizzato al commercio. Essa la subordina semplicemente all'adempimento delle formalità stabilite nell'art. 12, se il minore non possa essere autorizzato ad esercitare personalmente il commercio; all'adempimento delle formalità prescritte nell'articolo 9, se il minore possa essere emancipato ed autorizzato ad esercitare la mercatura (2).

(1) SRAFFA, *Il fallimento*, pag. 153-158.

(2) VIDARI, *Corso di dir. commerciale*, II, n. 1486; BOLAFFIO, *Il cod. di comm. ital. commentato*, Verona 1883-97, I, n. 116; ID., nel *Foro ital.*, 1892, 50

Questa dottrina si fonda sulla considerazione che la responsabilità illimitata traendo seco la qualità di commerciante, non può il minore divenire socio in nome collettivo od accomandatario se non colle forme e colle cautele prescritte dagli articoli 9 e 12 codice commerciale; che sarebbe strano attribuire al genitore, il quale non può, in vita, vincolare efficacemente il minore ad atto eccedente la semplice amministrazione, la facoltà di ciò fare mediante atto di ultima volontà; che non puossi, sia pure per rispettare i vincoli contrattuali assunti dal *de cuius*, violare quei principii di diritto privato che sono base e sicurezza dell'ordine sociale e domestico (1).

Queste opinioni, mi sembra, contrastano apertamente coi principii più certi vigenti in materia di successione ereditaria.

L'erede essendo un successore *mortis causa* a titolo universale, egli rimane surrogato nella universalità dei rapporti patrimoniali del defunto: « subentra nella posizione stessa del defunto », come dice ottimamente il Bonfante. I rapporti obbligatori contratti dal defunto passano *ipso jure* coll'accettazione dell'eredità all'erede, che come tale rimane senz'altro surrogato in tutti i diritti e gli oneri del defunto. In ispecie, i contratti tutti non sciolti colla morte (ed è il caso appunto della società stipulata col patto di continuazione) passano senz'altro all'erede (2). Questa regola fondamentale del diritto delle successioni si applica naturalmente anche quando l'erede è minore. Questi è tenuto, come erede, per tutti gli atti giuridici compiuti dal suo autore, e ciò senza che occorran le autorizzazioni stabilite dalla legge per gli atti eccedenti la semplice amministrazione fatti nell'interesse dei minori. Que-

e seg.; ID., nella *Temi veneta*, 1896, 401 e seg.; App. Milano, 1 aprile 1892, *Mon. trib.*, 1892, 527.

(1) BOLAFFIO, *Foro it.*, 1892, 52 e 54; RODINO, nella *Corte suprema*, 1896, I, 417, e nel *Dir. comm.*, 1900, 405.

(2) V. BONFANTE, *Effetti dell'acquisto dell'eredità*, voce *Successioni* nel *Digesto it.*, pag. 451; CHIRONI, *Ist.*, II, pag. 338.

sti atti, posti in essere validamente da chi aveva la piena capacità di agire, producono effetti giuridici anche riguardo al successore incapace, perchè nel sistema del diritto vigente l'incapacità del minore (come ogni altra specie di incapacità) non è incapacità di diritto, ma incapacità di agire, e qui non si tratta di dar vita ad un nuovo negozio giuridico, ma di sottoporsi agli effetti di un vincolo giuridico, già sorto validamente ed esistente nel patrimonio dell'incapace.

Ma se l'erede minore è tenuto, per questa sola sua qualità di erede, ad osservare i contratti stipulati dal *de cuius*, nessuno, all'infuori dei soci unanimemente consenzienti, può liberarlo dal vincolo derivante dal contratto sociale (1). E neppure perciò il giudice che è chiamato a far osservare, non a violare, i contratti legittimamente formati tra le parti (2). Tanto meno sarà necessario l'intervento del magistrato perchè egli possa rispettare i contratti posti in essere dal defunto. La validità sancita dalla legge civile e commerciale del patto di continuazione cogli eredi, essendo un ritorno puro e semplice alla regola generale che ciascuno si presume avere stipulato per sè e per i propri eredi (art. 1127 cod. civ.), importa di per sè sola che l'erede sia tenuto a osservare il contratto di società stipulato dal suo autore. Sarebbe vera l'opinione che qui combattiamo in un unico caso: se il patto di continuazione avesse la portata non già di mantenere in vigore il contratto sociale coll'erede del socio, ma soltanto di dare a questi il diritto di far parte della società. Se ciò fosse, se tutto si riducesse non già ad un vincolo giuridico passato *ipso jure* coll'accettazione dell'eredità nell'erede, ma ad una semplice facoltà concessagli dal *de cuius*, allora potrebbe, con certa ragione, dirsi che l'erede minore, per valersi di questa qualità, deve giuridicamente rendere efficace la manifestazione di volontà fatta per lui dal suo rappresentante, mediante lo intervento del magistrato. Ma ciò non è assolutamente, come

(1) Art. 1123 cod. civile.

(2) V. VIVANTE, I, n. 77.

già dimostrammo (1). Ripetiamolo dunque: l'erede, solo perchè erede, è *ipso jure* legato dal contratto sociale.

Ma se così è (e le norme fondamentali del diritto delle successioni non lasciano dubbi in proposito) bisogna convenire che l'erede, anche minore, come chiunque sia vincolato da un valido contratto, non può, secondo il disposto dell'articolo 1123 cod. civile, sottrarsi all'obbligo di osservarlo, e nel caso concreto di osservare il contratto di società in nome collettivo stipulato dal suo autore col patto di continuazione, salvo il caso che ne lo dispensi il consenso unanime di tutti i consoci, o l'intervento di cause autorizzate dalla legge (art. 1123 cit.).

Ora, vi hanno disposizioni di legge che esplicitamente o implicitamente autorizzino il minore a sottrarsi agli effetti di un contratto di società commerciale, nel quale egli abbia la posizione di socio in nome collettivo od accomandatario, e a cui egli sia regolarmente obbligato, per la sua qualità di erede?

Questo appunto si sostiene da chi nega la validità del patto di continuazione, quando l'erede sia minore, o la sottopone a condizioni ed autorizzazioni. Ma, studiando nel si-

(1) Lo riteneva la dottrina tedesca anteriore al codice del 1871: v. BRINKMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Heidelberg 1853 60, pag. 184 e seg.; GLÜCK, *Ausführliche Erl. der Pand.*, XV, pag. 472; MARTENS, *Grundriss des Handelsrechts*, Göttingen, 1820, pag. 35. Ma questa dottrina, sorta sotto l'influsso del diritto romano che vietava assolutamente il patto di continuazione, è concordemente respinta da tutti gli autori moderni. V. le numerose citazioni fatte alla nota 1 a pag. 249. Così il VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 131, compendia efficacemente la condizione giuridica dell'erede di fronte al patto di continuazione: « Der Erbe eines Gesellschafters wird also zu Fortsetzung der Gesellschaft in derselben Weise verpflichtet wie zur Bezahlung eines Darlehens, wie zur Ausführung eines Vertrages neber Lieferung von Holz, wie zur Leistung von Führen, welche der Erblasser, schuldete... d. h. einerseits durch den Vertrag des Erblassers, andererseits durch Eigenschaft als Erbe... ». Solo nel caso, in cui espressamente il contratto sociale riservasse agli eredi la facoltà di continuare la società, questi non sarebbero obbligati alla continuazione.

V. su questo punto ottimamente la Cass. Roma 14 giugno 1892, *Foro it.*, 1892, I, 896 e 897, e, in genere, tutta la giurisprudenza che è concorde in questo senso. Cfr. le sentenze citate alla nota 1 a pag. 270.

stema del diritto vigente la condizione giuridica del minore, noi ci persuaderemo agevolmente che la legge non concede al minore la facoltà di sottrarsi agli effetti del contratto di società a lui legalmente trasmesso dal suo autore per successione ereditaria, e tanto meno glie ne impone la inosservanza.

Si disse anzitutto — già lo vedemmo — che nel sistema del nostro diritto positivo il minore non emancipato ed autorizzato al commercio non può mai assumere la qualità di socio a responsabilità illimitata. Questo principio si vuol desumere da ciò, che, mentre la legge, all'art. 12, ha espressamente stabilito il modo con cui il rappresentante del minore può ottenere il permesso di continuare il commercio nell'interesse del minore, essa invece ha taciuto quanto alla partecipazione del minore in una società commerciale come socio in nome collettivo o accomandatario (1).

Il ragionamento è veramente acuto e fa impressione, ma ha in sè insito il vizio d'origine di tutte le argomentazioni *a contrario*. Si rifletta anzitutto che lo stesso principio per cui il legale rappresentante del minore non può essere autorizzato ad esercitare il commercio nell'interesse del minore, non deriva da ciò che l'esercizio del commercio sia un atto di specialissima importanza o — come si è voluto erroneamente affermare — un atto personale (2). Per quanta importanza abbia l'esercizio del commercio, esso dovrebbe poter essere autorizzato dal tribunale civile, o con deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, perchè i principii generali, se vietano al rappresentante del minore di far da solo atti che eccedano la semplice amministrazione (articoli 224 e 296 codice civile), gli permettono di compiere qualunque atto di disposizione, quando siano debitamente autorizzati (art. 224, 296 e 301 cod. civile). La impossibilità di una autorizzazione all'esercizio del commercio deriva da ciò

(1) SRAFFA, *Il fallimento*, pag. 153 e 154.

(2) PIOLA, *La legislazione italiana sulla patria potestà*, Roma 1892, pag. 93.

che il commercio non è un atto singolo che possa essere autorizzato per una volta sola. Esso consiste invece in una serie indeterminata di atti, eccedenti, in genere, la ordinaria amministrazione, e poichè l'autorizzazione a fare atti eccedenti la ordinaria amministrazione non può essere data per una serie indefinita di atti, ma deve essere data volta per volta per ogni singolo atto, così ne consegue che, a norma dei principii generali, non può darsi un'autorizzazione generica all'esercizio del commercio. Ciò non vuol dire che, almeno da un punto di vista teorico, sia impossibile al rappresentante del minore esercitare il commercio, ottenendo, per ogni atto, l'autorizzazione richiesta. Vi è invece una impossibilità pratica, perchè un commercio, ogni atto del quale richieda autorizzazioni di tribunali e di consigli di famiglia, non è, in pratica, possibile. Ed in vista appunto della impossibilità pratica di richiedere volta per volta, in ogni singolo atto della vita commerciale che oltrepassi la semplice amministrazione, l'assenso degli organi tutelari; in vista della impossibilità giuridica di accordare una autorizzazione generica all'esercizio mercantile, la legge ha imposto al tutore di alienare o liquidare gli stabilimenti di commercio o d'industria che si trovano nel patrimonio del minore (art. 299 cod. civile). Questa è la regola: solo per eccezione è stata ammessa dalla legge una autorizzazione ad esercitare il commercio nell'interesse del minore (art. 299 codice civile e 12 cod. comm.). Ora una regola simile a quella esposta per l'esercizio del commercio nell'interesse del minore non esiste per la partecipazione in società, sia pure nella qualità di socio a responsabilità illimitata. Il vincolarsi contrattualmente è un atto singolo e determinato, per quanto gli effetti del contratto possano essere indefiniti e permanenti. L'atto è perciò unico: le sue conseguenze sono varie e molteplici. Ora se l'atto è unico (e che lo sia lo dimostra il n. 5 dell'articolo 3 cod. comm., che considera come atto di commercio la sola compera di quote sociali), ne deriva che, pei principii generali, non sarà affatto vietato al rappresentante del minore di compierlo, quando vi

sia l'autorizzazione del tribunale o del consiglio di famiglia, con deliberazione omologata dal tribunale (1). Nessun principio accolto nel nostro diritto positivo vieta dunque in modo assoluto la partecipazione del minore in una società commerciale come socio a responsabilità illimitata; e da questo lato non può perciò sostenersi la esistenza di una « causa giustificata dalla legge », perchè il minore possa sottrarsi agli effetti del contratto di società stipulato dal suo autore con patto di continuazione.

Altri invece, come già vedemmo, dal sistema del diritto vigente crede poter argomentare il diritto del minore di sottrarsi alle conseguenze di quel contratto quando egli non vi sia stato autorizzato a rimanere nelle forme stabilite dal cod. di comm. (art. 9 e 12).

Si noti che qui partiamo dalla ipotesi che il minore abbia già accettato validamente l'eredità, e che, dopo accettata, pretenda di sottrarsi soltanto, per mancanza della necessaria autorizzazione, agli effetti del contratto di società. Non supponiamo neppure si possano richiedere le autorizzazioni degli articoli 9 e 12, perchè il minore possa validamente accettare una eredità nella quale sia una quota di socio a responsabilità illimitata. Nel sistema della nostra legge l'accettazione

(1) In questo senso ha deciso recentemente la Corte d'appello di Venezia, 31 marzo 1898, *Diritto comm.*, 1898, 587 e seg.: « Il minore può essere autorizzato a formare parte di una società in nome collettivo e come tale contrae obbligazione al pari degli altri soci ». Così pure il cod. civ. germanico, § 1822, n. 3, sul quale v. STAUB, *Kommentar*, pag. 42 e 351. Anche prima del codice civile era ammesso che il minore potesse, colle necessarie autorizzazioni, far parte di una società in nome collettivo. V. BEHREND, *Lehrbuch*, § 33, pag. 158 e § 64, pag. 462, il quale dice che per entrare in una società in nome collettivo sono necessarie e sufficienti le stesse formalità occorrenti per esercitare il commercio, e RENAUD, *Kommanditgesellschaft*, pag. 137 e seg. Il solo PIOLA, *La legislazione italiana sulla patria potestà*, pag. 74, nega che il genitore esercente la patria potestà possa essere autorizzato a stipulare un contratto di società nella quale il minore assume veste di socio illimitatamente responsabile. Ma quale autorità può avere una tale affermazione, una volta che lo stesso PIOLA, pag. 93, giunge a sostenere che il padre non può compiere mai, neppure autorizzato dal tribunale, alcuno di quegli atti che la legge reputa atti di commercio?

della eredità per conto del minore può essere fatta dal genitore esercitante la patria potestà, senza intervento del magistrato e dal tutore col solo assenso del consiglio di famiglia (art. 226 e 296 codice civile). E ciò, benchè l'accettazione di una eredità sia per sè stessa un atto che eccede la semplice amministrazione e quando anche l'accettazione importi necessariamente il compimento di atti che eccedano la ordinaria amministrazione. Questa norma, sulla quale la dottrina è concorde (1) e che risulta chiaramente dal testo della legge (cfr. art. 226 e 296 cod. civile cit.) trova la sua ragion d'essere in ciò che la legge ha già efficacemente provveduto a tutelare gli interessi del minore, stabilendo che le eredità ad esso devolute non possano essere accettate che col beneficio dell'inventario (articoli 226 e 930 codice civile). E perciò, l'eredità devoluta ad un minore, nella quale sia una quota di partecipazione come socio a responsabilità illimitata in una società commerciale, potrà essere accettata dal genitore esercitante la patria potestà da solo, dal tutore coll'assistenza del consiglio di famiglia, senza che il minore sia autorizzato ad esercitare il commercio personalmente (art. 9 cod. comm.), senza che il suo legale rappresentante sia autorizzato ad esercitarlo nell'interesse di lui (art. 12 cod. comm.).

Tolta di mezzo questa possibile obbiezione e ritornando alla nostra ipotesi, che cioè il minore abbia già accettato l'eredità, affermiamo recisamente che nè l'art. 9 codice commerciale, nè l'art. 12 possano, anche implicitamente, dargli facoltà di disconoscere il contratto di società che, senza bisogno di alcuna autorizzazione, egli è tenuto ad osservare nella sua qualità di erede.

(1) V. LOSANA, *Delle disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Torino 1888, numeri 18 e 19; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, Firenze 1871, I, n. 364; BIANCHI, *Corso elem. di codice civile*, IV, Parma 1876, pag. 464 e 465; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 4^a edizione, Parigi 1870, VII, n. 695; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 2^a ediz., par DEMANGEAT, Parigi 1877, I, n. 1191; CHIRONI, *Istit.*, II, § 417, pag. 296; § 423, pag. 315.

È evidente anzitutto che, anche quando il minore sia in condizioni di essere emancipato ed autorizzato all'esercizio del commercio, non sarà necessario che tale autorizzazione gli sia concessa. Questa autorizzazione lo pone in grado di esercitare personalmente il commercio, ma il diventar socio, sia pure a responsabilità illimitata, non lo costringerà mai all'esercizio mercantile, una volta che l'esercizio dell'azienda sociale spetta non ai soci, ma alla società, e per essa, ai suoi organi rappresentativi (1).

Ma neppure saranno necessari gli atti abilitativi, senza i quali l'art. 12 cod. comm. vieta al genitore esercente la patria potestà e al tutore di continuare l'esercizio del commercio nell'interesse del minore. Che l'art. 12 sia assolutamente fuori di questione è stato dimostrato dallo Sraffa con un argomento che non ammette replica. Poichè l'autorizzazione ad esercitare il commercio per conto del minore può, in ogni tempo, essere revocata (arg. art. 15 cod. comm.), come è possibile che l'autorizzazione di cui parla l'art. 12 si riferisca al caso dell'entrata di un minore a far parte di una società in nome collettivo? (2). Lo Sraffa, è vero, trae da questo argomento la conclusione che, dunque, il minore non potrà mai diventar socio a responsabilità illimitata (3). Ma la conclusione è evidentemente esagerata. Se l'art. 12 non ha avuto affatto di mira di disciplinare l'entrata del minore in una società commerciale, è troppo inferirne che un tale atto sia vietato al minore. Perchè potrebbe egualmente bene de-

(1) Lo SRAFFA, *Il fallimento*, pag. 158, dopo aver detto che il minore può far parte della società in nome collettivo solo nel caso in cui abbia compiuto gli anni diciotto, e sia stato, da chi ne ha facoltà, emancipato ed autorizzato all'esercizio del commercio, finisce per richiedere, in tal caso, gli atti abilitativi dell'art. 12. Ma la premessa non sembra possa conciliarsi colla conseguenza: giacchè, se il minore deve essere emancipato ed autorizzato al commercio, ciò dovrà avvenire nelle forme dell'art. 9 cod. comm. e non già in quelle dell'art. 12, che regola una ipotesi affatto differente.

(2) SRAFFA, *Il fallimento*, pag. 156 e 157.

(3) Salvo, s'intende, il caso in cui possa essere emancipato ed autorizzato al commercio.

dursi da quella premessa che al minore sia lecito liberamente di assumere la qualità di socio. Sarebbe lo stesso il dire che, non avendo la legge autorizzato espressamente il minore a divenire accomandante o azionista, ciò gli sia del tutto proibito. La verità è che l'art. 12 regola una diversa ipotesi e non decide nulla. Bisogna starsene ai principii generali, pei quali l'assunzione della qualità di socio responsabile senza limitazione è bensì un atto eccedente l'amministrazione ordinaria, e perciò bisognevole, di regola, delle autorizzazioni prescritte negli art. 224, 296 e 301 codice civile: ma non ne abbisogna quando sia la mera conseguenza della accettazione di una eredità. Nel sistema della legge l'intervento del tutore o del genitore e l'autorizzazione del magistrato sono necessari perchè il minore ponga in essere un negozio giuridico, ma non perchè ne sopporti le conseguenze. Poichè l'incapacità è la non possibilità di volere secondo le condizioni richieste dalla legge (1), è chiaro che gli istituti creati dalla legge per ovviare alla deficiente potestà di volere degli incapaci trovano la loro applicazione appunto nel momento in cui è necessario il concorso attivo della volontà dell'incapace. È dunque al momento in cui il negozio giuridico sorge, che bisogna aver riguardo per decidere se l'incapace concorse validamente a dargli vita. Così, se il capace diventa incapace (per interdizione, inabilitazione), gli atti giuridici da lui compiuti quando era capace rimangono pienamente validi e producono i loro effetti anche dopo sopravvenuta la incapacità. E perciò, se il contratto di società è stato validamente concluso dal defunto, il minore divenuto erede mediante regolare accettazione della eredità, è già succeduto, per il fatto della accettazione, nel contratto stipulato dal defunto, e non ha bisogno, per essere tenuto al contratto, di alcuna autorizzazione, come non ne avrebbe bisogno per essere tenuto agli altri contratti, anche eccedenti l'ordinaria amministrazione, stipulati dal defunto. Il beneficio di inventario, in questo caso,

(1) V. CHIRONI, *Ist.*, I, pag. 44; BEKKER, *Pand.*, § 44.

è, per gli interessi del minore, una garanzia ben più efficace di qualunque autorizzazione.

Quindi nessuna norma, esplicita o implicita della legge, permette al minore di sottrarsi al contratto di società validamente stipulato dal defunto con patto di continuazione.

Contro questa dottrina, oramai di gran lunga prevalente fra gli autori e la giurisprudenza (1), vennero mosse due obiezioni principali, tratte, come già accennammo, ambedue dal carattere di socio a responsabilità illimitata. La prima obiezione trova il suo fondamento nella pretesa impossibilità per il minore di essere socio in nome collettivo od accomandatario e contemporaneamente di limitare la sua responsabilità per le obbligazioni entro le forze dell'eredità. Si disse che una tale limitazione distrugge la natura e i caratteri stessi delle società in nome collettivo, perchè non esiste società in nome collettivo in cui le obbligazioni sociali non siano garantite dalla responsabilità illimitata di tutti i soci: distrugge e snatura il carattere della responsabilità del socio accomandatario, il quale egualmente risponde con tutti i suoi beni delle obbligazioni sociali. Or non è dubbio, si aggiunse, essere lecito ai soci mutare il carattere della società, mutare la responsabilità di uno o più soci: trasformare in accomandita l'antica società in nome collettivo, trasformare in accomandante l'antico socio accomandatario. Ma ciò può farsi soltanto

(1) V. CASTAGNOLA, *Comm.*, n. 215; OTTOLENGHI, *Il cod. di comm. illustrato*, I, pag. 270; MARGHERI, *Comm.*, II, n. 651; VIVANTE, I, n. 77; AUBRY et RAU, IV, § 384, pag. 569; LAURENT, XXVI, n. 38, pag. 391; TROPLONG, *Des sociétés*, n. 954; PONT, *Traité des soc. civ. et comm.*, I, n. 716; MASSÉ *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, II, 1071; ROUSSEAU, *Sociétés comm.*, I, n. 550 e 551; GOUILLOUARD, *Sociétés*, n. 301; BÉDARRIDE, *Sociétés*, I, n. 62. Nella giurisprudenza v. App. Aix, 16 dicembre 1868, *Sirey*, 1870, 2, 240; Cass. franc., 2 marzo 1885, *J. Palais*, 1885, 1, 891; *id.*, 7 aprile 1887, *ivi*, 1888, 1, 829; App. Perugia, 6 luglio 1891, *Foro it.*, 1892, 50; Cass. Roma, 14 giugno 1892, *ivi*, 1892, 888; App. Roma, 11 luglio 1893, *ivi*, 1894, 221; Cass. Roma, 13 marzo 1896, *ivi*, 1896, 783; App. Genova, 14 dicembre 1896, *Temi genovese*, 1896, 723; App. Genova, 20 luglio 1899, *Gazz. giud.*, 1899, 269. *Contra* solo Appello Milano, 1 aprile 1892, *Foro it.*, 1892, 983.

col consenso unanime di tutti i soci, i quali soltanto hanno potere di portare mutamento al contratto sociale (1).

La seconda obbiezione si fonda sul carattere stesso della obbligazione che assume il socio a responsabilità illimitata. « Un contratto di società — dice il Bolaffio — ha carattere continuativo: risulta cioè da una serie di operazioni rinnovantisi, dalla cui riproduzione sorgono appunto nuovi rapporti giuridici, nuove obbligazioni. Non sono quindi le sole conseguenze economiche di un contratto concluso dal *de cuius*, mentre aveva la libera disposizione del suo patrimonio che passano all'erede quale onere della sostanza ereditaria. Il contratto di società richiede l'intervento positivo attivo (sia pure per finzione di diritto) del socio che contrae quelle obbligazioni: d'onde la necessità della sua completa capacità giuridica. Brevemente: la responsabilità illimitata, che assume l'erede per le operazioni posteriori alla morte del proprio autore, ha quale necessario presupposto la sua capacità giuridica a concluderle, e questa capacità manca al minore, se la sua rappresentanza non è stata autorizzata a proseguire il commercio nel suo interesse » (2). In altri termini, le obbligazioni sociali essendo concluse nel nome di tutti i soci, e quindi anche del minore, deve il minore, o essere capace a concluderle per sè (coll'emancipazione ed autorizzazione all'esercizio del commercio: art. 9 cod. comm.) o essere capace a concluderle per mezzo dei suoi rappresentanti legali (coll'autorizzazione del tribunale o del consiglio di famiglia omologata dal tribunale: art. 12 codice commerciale). Altrimenti il minore diventerebbe commerciante senza alcuna autorizzazione.

A queste due obbiezioni noi rispondiamo rispettivamente, e richiamando quanto abbiamo già detto qui ed altrove:

a) che il minore, diventando socio in nome collettivo o accomandatario, non resta privato del diritto conferitogli dal-

(1) V. LYON CAEN et RENAULT, II, n. 319 in fine; BOLAFFIO, *Foro it.*, 1892, I, 55; SRAFFA, *Il fallimento*, pag. 151.

(2) BOLAFFIO, *Foro it.*, 1892, I, 52; *Temì veneta*, 1896, 402.

l'art. 968 del cod. civ. come erede beneficiato, di non essere tenuto al pagamento delle obbligazioni sociali oltre il valore dei beni a lui pervenuti, e di poter liberarsi col cedere ai creditori tutti i beni dell'eredità;

b) che le obbligazioni sociali non sono assunte nel nome del minore, e che perciò questi non diventa commerciante.

Quanto al primo punto, esso risulta evidente dopo ciò che abbiamo premesso intorno alla continuazione della società coll'eredità beneficiato. Le disposizioni del codice civile, le quali impongono al minore di non accettare l'eredità altrimenti che col beneficio dell'inventario (art. 930); le quali gli concedono il privilegio di attendere il compimento dell'anno successivo alla maggiore età per adempiere alle condizioni a cui il beneficio è sottoposto (art. 963); le quali vietano al testatore di limitare in qualsiasi modo la facoltà (e per il minore l'obbligo) di accettare l'eredità col beneficio dell'inventario (art. 356), costituiscono per il minore una garanzia sufficiente che la responsabilità illimitata, a cui egli va incontro coll'accettazione dell'eredità, non diventerà mai un pericolo per il suo patrimonio particolare. L'efficacia piena del beneficio d'inventario anche riguardo alla responsabilità per le obbligazioni sociali del minorenni, il quale ha ricevuto in eredità una quota di socio in nome collettivo od accomandatario, è il presupposto necessario della opinione da noi adottata. Ma è presupposto che trova — come vedemmo — la sua base in un equo temperamento tra i principî d'ordine pubblico del diritto successorio sull'accettazione dell'eredità da parte dei minori, e quelli del diritto commerciale sulla responsabilità dei soci in nome collettivo ed accomandatari. Il compito del giurista è appunto quello di attingere ai principî generali del diritto vigente i mezzi per conciliare le disposizioni contraddittorie: e conciliarle non già sacrificando l'una all'altra, ma dando a ciascuna di esse quella efficacia che permetta di conseguire ambedue gli scopi voluti dalla legge nel più armonico coordinamento. Compito al quale non soddisfa quella dottrina che pone in modo assoluto questo insolubile dilemma: o il mi-

nore non diventa socio; o se lo diventa, deve impegnare tutto il suo patrimonio (1). Il che significa: o violare i principî del diritto successorio, e quelli delle obbligazioni ad un tempo, negando efficacia a un contratto legalmente formato dalle parti: o violare i principî del diritto successorio, creando una cerebrina eccezione al principio inderogabile che l'eredità non può essere dal minore accettata se non col beneficio dell'inventario.

Quanto alla necessità fra gli eredi minori di assumere la qualità di commercianti, continuando la società in nome collettivo stipulata dal *de cuius*, non debbo far altro qui che richiamare integralmente ciò che ho scritto in un altro mio lavoro, diretto appunto a dimostrare che i soci a responsabilità illimitata non esercitanti un commercio proprio, non sono commercianti (2). A quello scritto rinvio perciò senz'altro il lettore. Qui mi basti notare come la personalità giuridica delle società commerciali vieta che il commercio sociale si possa ritenere esercitato in nome dei soci, anche illimitatamente responsabili. E, d'altro canto, negando pure la personalità giuridica, l'esercizio del commercio sociale dovrà sempre considerarsi fatto in nome dell'ente collettivo. Altrimenti, data la identità di posizione giuridica, in cui, di fronte alla nostra legge, si trovano tutte le specie di società, si dovrebbe giungere alla gravissima conseguenza di ritenere esercitato il commercio sociale anche a nome degli accomandanti e degli azionisti, e di ritenere perciò anche in questi la qualità di commerciante. Nè si può conciliare la personalità giuridica coll'esercizio del commercio in nome dei soci a responsabilità illimitata, dicendo che, nelle società in nome collettivo e in accomandita, il commercio sociale è esercitato, oltre che dalla società, anche e prevalentemente, dai soci in nome collettivo ed accomandatari. La responsabilità illimitata da cui si vuol

(1) A questo dilemma si deve giungere necessariamente, colla dottrina che combattiamo: V. STAUB, *Kommentar*, p. 446.

(2) V. il mio scritto dal titolo: *La qualità di commerciante nei soci a responsabilità illimitata*, retro, pag. 153 e seg.

dedurre questa conseguenza, è affatto inadeguata allo scopo. Per darsi esercizio del commercio in nome proprio non basta la responsabilità illimitata, anzi non è necessaria la responsabilità illimitata: anche il garante non commerciante risponde illimitatamente delle obbligazioni del garantito commerciante: e, viceversa, l'armatore, che è indubbiamente commerciante, non risponde illimitatamente delle obbligazioni derivanti dal suo commercio (art. 491 codice commerciale). Occorre la responsabilità principale e diretta, quale non è quella dei soci in nome collettivo ed accomandatari (art. 106 cod. comm.) (1).

A tutte le ragioni d'ordine giuridico, altre se ne possono aggiungere d'indole storica e pratica per corroborare la nostra opinione sulla piena efficacia, senza alcun bisogno di atti abilitativi, della clausola contrattuale per cui gli eredi minori del socio entrano a far parte di una collettiva o di una accomandita come soci a responsabilità illimitata. Vedemmo già come storicamente anche quando il patto di continuazione non aveva ancora ricevuto il suggello della sanzione legislativa, la dottrina e la pratica, ritenessero la continuazione possibile anche cogli eredi minori (v. note 2 e 3 a pag. 232 e nota 2 a pag. 233). Dal lato pratico poi giustamente disse la Corte d'appello di Perugia: «l'approvazione data dalla legge al patto di far continuare la società nelle persone degli eredi fu un miglioramento della nuova sull'antica legislazione, mentre molti vantaggi dipendenti dall'accomunamento delle forze non si sarebbero ottenuti, qualora per quanto si potesse, non si fosse garantito che la società non si scioglierebbe troppo intempestivamente. Nelle società poi commerciali, specie nelle collettive, dove il credito, oltre che dal capitale versato e dalla abilità ed integrità del gerente, è alimentato dal censo dei singoli soci, quel patto ordinariamente s'impone come cosa necessaria, più che non si accetti come volontario, stante che,

(1) Così ritiene la dottrina e giurisprudenza prevalente, contro di cui però v. MANARA, nella *Giur. it.*, 1899, I, 2, 77.

quanto più delle civili sono complicate e feconde di conseguenze le società commerciali, altrettanto poi, o per l'improvviso scioglimento, o per la forzata riduzione del numero dei soci, è maggiore il pericolo di perdere gli utili e di raccogliere il danno. Il legislatore non avrebbe corrisposto al suo fine, se, permettendo e rendendo operativo il patto della trasmissibilità del vincolo sociale nelle persone degli eredi, avesse fatta distinzione tra gli eredi maggiori di età e i minori. Egli questa distinzione non la fece » (1). Nè vuolsi inoltre dimenticare che, quando il patto di continuazione non possa avere effetto per essere gli eredi minorenni, la società deve ritenersi sciolta, e non già continuata tra gli altri soci, giacchè il patto di continuare la società cogli eredi è diverso dal patto di continuarla tra i soci restanti, e nella mancanza di un patto esplicito in quest'ultimo senso, si rientra nella regola generale, per cui le società in nome collettivo e in accomandita si sciolgono per la morte di uno dei soci illimitatamente responsabili (art. 191 codice di commercio) (2). Ma i danni che da una tal condizione di cose deriverebbero alla economia pubblica sono evidenti: perchè, non pure ne conseguirebbe la cessazione di industrie e di commerci fiorenti, costretti alla liquidazione dalla circostanza fortuita che il socio defunto abbia lasciato uno o più eredi minorenni, ma si impedirebbe l'inizio di molte imprese, di cui giustamente avrebbe a temersi una fine intempestiva e dannosa.

20. — La continuazione della società cogli eredi minori ha luogo senza bisogno di atti abilitativi, tanto se la società sia regolarmente, come se sia irregolarmente costituita. Non possiamo perciò accettare la dottrina propugnata dalla Casazione romana, in due sentenze consecutive (3), per cui gli

(1) App. Perugia, 6 luglio 1891, *Foro it.*, 1892, 57 e 58.

(2) Vi sarebbe assolutamente impossibilità materiale di continuare la società, quando i soci fossero due, e ad uno di essi succedessero eredi minorenni.

(3) Cass. Roma, 14 giugno 1892, *Foro it.*, 1892, 897; Cass. Roma (sezioni unite), 13 marzo 1896, *ivi*, 1896, 783.

eredi minori non potrebbero diventar soci di una società irregolare senza l'autorizzazione giudiziaria, pur potendolo, senza alcuna autorizzazione, quando la società è regolarmente costituita. La Cassazione fonda questa sua opinione sopra la facoltà che l'art. 99 cod. comm. concede al socio di una società irregolare di chiedere ad ogni istante lo scioglimento della società: « In siffatta ricorrenza — dice la Cassazione — non si tratta più di rimanere avvinti, anche contro la propria volontà, in un impegno contratto dal defunto e che grava il patrimonio ereditario, ma ricorre in opposta vece la ipotesi di assumere una obbligazione, da cui, volendo, si potrebbe restar liberati. *Eius est non nolle, qui potest velle*, l. 3, Dig. de reg. iur. In questo caso il rimanere nella società per l'erede minore dipende da una deliberazione, da un esame sulla convenienza di stringere l'obbligo o di scioglierlo, deliberazione che non può prendere, esame che non può fare il suo legittimo rappresentante; trattandosi di un atto che eccede l'ordinaria amministrazione, si richiede la venia del magistrato, a termini dell'art. 12 cod. comm., che occorrerebbe anche nel caso, in cui si trovasse conveniente, nell'interesse del minore, di far eseguire le pubblicazioni dell'estratto dell'atto sociale, per impedire che dai soci del suo autore si chiedesse lo scioglimento della società. Or i predetti minori, dal momento che non erano obbligati a rimanere in una società mancante delle forme prescritte, e non potevano quindi restarvi senza il loro volere legittimamente espresso ed autorizzato, si dovevano tenere estranei alla Banca Laurenti pel tempo posteriore alla morte dei rispettivi genitori ed al provvedimento che per essa si implorava » (1).

Questo ragionamento della Cassazione romana non mi persuade, e per più motivi.

In mezzo alle gravi divergenze sorte, specialmente nella dottrina, intorno alla condizione giuridica delle società irregolari nel nostro vigente diritto positivo, un punto può dirsi

(1) Cass. Roma, sent. 14 giugno 1892 citata, *Fore it.*, 1892, 897.

oramai accertato e fuori di questione; che la società irregolare non è una società nulla, ma una società esistente; esistente per alcuni anche come persona giuridica o ente collettivo; sicuramente, e per tutti, come contratto (1). Soltanto, la irregolare costituzione produce alcune perniciose conseguenze, fra le quali, per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, è la facoltà, per ogni socio, di chiedere lo scioglimento della società, con effetto dal giorno della domanda (art. 99 princ. cod. comm.) (2).

Ora, se il contratto sociale esiste; se, malgrado l'irregolarità, esso produce pienamente i suoi effetti obbligatori, deve di necessità il vincolo giuridico, che in forza di esso avvince tutti i soci, comprendere anche gli eredi minori del socio, ai quali esso è passato col patrimonio del defunto. In un vero e grave errore è caduta la Cassazione quando ha affermato che, avendo il socio minorenni la facoltà di chiedere lo scioglimento della società, egli abbia bisogno, per non provocarlo, degli atti abilitativi prescritti dall'art. 12 cod. commerciale. In tal modo si pareggia erroneamente un contratto risolubile ad un contratto nullo e il non uso della facoltà di risolvere

(1) V. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 305, 334, 343 e 344; ID., nel *Foro it.*, 1895, 447; MANARA, *Considerazioni intorno la interpretazione dell'art. 98 cod. comm.*, estratto dalla *Giur. it.*, 1896, pag. 1 e seg.; ID., *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, estratto dalla *Giur. it.*, Torino, 1898, pag. 88, n. 22; pag. 90 e seg., n. 23; ID., *L'articolo 98 del vigente codice di commercio italiano*, estr. dalla *Giur. it.*, Torino 1899, pag. 7 e seg.; BONELLI, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, estr. dall'*Archivio giuridico*, Bologna 1897, pag. 17 e seg., n. 5; ERRERA, nel *Dir. comm.*, 1884, 293, e seg.; ID., nel *Dir. comm.*, 1890, 785 e seg.; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 50 e seg.; BOLAFFIO, *Società commerciali e società cooperative*, estr. dalla *Temi ven.*, Venezia 1900, pag. 10 e seg. e il mio lavoro sulle *Società commerciali in rapporto al giudizio civile*, Torino 1898, n. 61 e seg. V. nella giurisprudenza fra le sentenze più recenti: Cass. Roma, 21 aprile 1893, *Corte Suprema*, 1893, I, 79; App. Perugia, 21 dicembre 1892, *Gazz. proc.*, XXV, 572; App. Venezia, 13 settembre 1894, *Temi veneta*, 1895, 45; Cass. Roma, 23 luglio 1895, *Foro it.*, 1895, 921; App. Venezia, 10 aprile 1895, *Temi ven.*, 1895, 231; App. Milano, 20 ottobre 1896, *Mon. trib.*, 1897, 66; Cass. Torino, 30 luglio 1897, *ivi*, 1897, 924.

(2) V. autori citati alla nota precedente.

il primo colla ratifica necessaria per rendere valido il secondo. Non provocando lo scioglimento della società irregolare, il socio non sana mica un contratto nullo: esso si astiene dalla facoltà che gli spetta di farlo risolvere. Ma appunto perchè il contratto è solo risolubile, finchè non è sciolto, rimane pienamente efficace: ed anche risolto, la risoluzione non ha effetto che dal giorno della domanda; ma per il tempo precedente resta del tutto valido e produttivo di effetti giuridici (1). Nella dottrina che combattiamo si ha l'assurdo di una autorizzazione necessaria non per fare un atto giuridico, ma per astenersi da un atto giuridico. Nè si dica che, col non proporre la domanda di scioglimento, il minore viene a confermare in vita la società, perchè — lo abbiamo detto e lo ripetiamo — questa vive per sè, è pienamente valida, e non ha bisogno di ratifiche per diventare tale.

V'ha di più. Colla dottrina bandita dalla Cassazione si urta direttamente contro il disposto formale della legge. Questa dice, all'art. 99, che lo scioglimento chiesto dal socio di una società collettiva od accomandita irregolare ha effetto dal giorno della domanda. Secondo la Cassazione invece lo scioglimento decorrerebbe dal giorno dell'apertura della successione, altrimenti come potrebbe il minore sottrarsi alle obbligazioni assunte prima della domanda? Pure all'art. 99 (secondo capoverso) la legge dice che l'irregolarità non può essere dai soci opposta ai terzi. Ed invece, in questo caso, potrebbero i soci minori esimersi, secondo la Cassazione, da qualsiasi responsabilità verso i creditori sociali.

Se prevalessse la teorica accolta dalla Cassazione romana, la quale, fortunatamente, ha trovato autorevoli contraddittori nella stessa giurisprudenza (2), si creerebbe al minore l'ingiui-

(1) La giurispr. è concorde su questo punto. V. Cass. Torino, 13 giugno 1893, *Giur. tor.*, 1893, 449; App. Casale, 4 aprile 1893, *Giur. di Casale*, 1893, 239; Cass. Torino, 8 novembre 1892, *Foro it.*, 1893, 143; App. Venezia, 28 novembre 1896, *Temi veneta*, 1897, 24.

(2) App. Roma, 11 luglio 1893, *Foro it.*, 1894, 221 e seg.; Appello Genova, 14 dicembre 1896, *Temi genovese*, 1896, 723.

sto privilegio di poter attendere i risultati dell'azienda sociale, per farsi autorizzare a rimanervi, se furono buoni, per liberarsi da ogni obbligo mediante lo scioglimento, se furono, nvece, cattivi.

21. — Come il minore, così anche la donna maritata, accettando l'eredità del socio a responsabilità illimitata di una società stipulata con patto di continuazione, diviene socia senza bisogno di alcuna autorizzazione. Senza dissimularcene la gravità, accogliamo questa soluzione, anche di fronte alla esplicita disposizione dell'art. 14, ult. cap. cod. comm., la quale vieta espressamente alla moglie «di contrarre società assumendo responsabilità illimitata, senza un'autorizzazione speciale del marito o del tribunale». Riconosciamo volentieri la gravità della nostra opinione, sia per l'esistenza, nel caso della donna maritata, di un divieto espresso che manca nel caso del minore, sia per la mancanza, a tutela degli interessi della moglie, di un così efficace rimedio, come l'assunzione obbligatoria della qualità di erede beneficiato. Ma d'altro canto, gravissimi argomenti giustificano la nostra soluzione:

a) L'art. 14 vieta alla moglie di contrarre società a responsabilità illimitata, non già di restare nella società trasmessale in forza della successione ereditaria. Se la legge avesse voluto vietare alla moglie non solo la conclusione del contratto di società, ma, in genere, la qualità di socio a responsabilità illimitata, avrebbe usato una espressione più ampia e generica, come fece appunto nel caso dell'art. 13 cod. comm., col quale vietò alla moglie non solo di diventar commerciante, ma di essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito. Differenza essenziale, perchè mentre la donna commerciante, contraendo matrimonio, ha bisogno della autorizzazione maritale per restare commerciante, non ha bisogno invece di alcuna autorizzazione la donna socia a responsabilità illimitata per restare in società dopo la celebrazione del matrimonio;

b) Se alla locuzione dell'art. 14 «contrarre società» si

volesse, andando oltre la parola della legge, attribuire non solo il significato più ristretto, di concludere un contratto di società, ma anche quello più ampio di essere socio a responsabilità illimitata, vietando così alla moglie non solo la conclusione del contratto di società, ma, inoltre, il restare nella società già validamente contratta da lei o dal suo autore, si dovrebbe logicamente concludere che la donna già socia a responsabilità illimitata, contraendo matrimonio, resta sciolta dal vincolo sociale quando il marito non la autorizzi a restare in società. Conseguenza enorme, che deve far dubitare delle premesse, giuridicamente essendo identico il caso della donna maritata che continua il contratto di società già da lei concluso quando era pienamente capace, e quello della moglie che resta nella società conclusa dal suo autore, pure pienamente capace;

c) La limitata incapacità della donna maritata, non essendo fondata, come è quella del minore, sopra una naturale non possibilità di volere, ma sopra una legale, fittizia non possibilità di volere, non può estendersi oltre i casi tassativamente indicati dalla legge (1). Così la donna maritata non può alienare i suoi immobili senza l'autorizzazione del marito, ma può acquistare senza che l'autorizzazione sia necessaria (2). La grande affinità tra le due ipotesi di conclusione di un contratto di società e di permanenza di una società già contratta non può giustificare adunque una estensione, alla seconda di esse, di norme scritte nella legge letteralmente per la prima;

d) L'art. 14 cod. comm. non fa, in sostanza, che aggiungere un altro atto alla serie di quelli per i quali l'art. 134 cod. civ. richiede l'autorizzazione maritale. Ora non è dubbio che la moglie, come erede, deve eseguire, senza bisogno di alcuna autorizzazione, i negozi giuridici posti in essere dal suo autore, anche quando rientrino in una delle categorie

(1) CHIRONI, *Ist.*, I, § 29, pag. 44.

(2) CHIRONI, *op. cit.*, loco cit.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, I, n. 360.

contemplate dall'art. 134 cod. civile. Si dirà che il contrarre società a responsabilità illimitata dà luogo ad una serie non limitata e sempre rinnovantesi di obbligazioni. Ma si consideri che, in ultima analisi, chi entra a far parte come socio a responsabilità illimitata di una società commerciale, non fa che staccare una parte del suo patrimonio per conferirla in società (atto unico e non rinnovantesi), e rendersi inoltre garante di tutte le obbligazioni che saranno contratte dalla società (art. 76 cod. comm.), atto questo di fideiussione pure unico, ma di effetto continuativo e indefinito. Ora una fideiussione per obbligazioni future e indefinite è ammissibile (1) e senza che perciò l'atto di fideiussione cessi di essere unico, e di produrre completamente i suoi effetti anche riguardo all'erede donna maritata di chi prestò garanzia;

e) L'interpretazione contraria trarrebbe seco il gravissimo inconveniente di costringere alla liquidazione industrie fiorenti solo perchè esercitate da società commerciali in cui dovrebbe entrare a far parte, come erede di un socio a responsabilità illimitata, una donna maritata (2).

22. — Quando gli eredi sono più, si è sostenuto da alcuni (3) che debbono considerarsi come un solo socio, come formanti una unità, di fronte agli altri soci; da altri invece (4) si afferma che « ognuno diviene socio a responsabi-

(1) Art. 1899 e 1903 cod. civ.; CHIRONI, *Ist.*, II, pag. 78.

(2) V. nel senso del testo VIVANTE, II, n. 650. La opinione del VIEZENS, pag. 141, che la moglie debba ottenere l'autorizzazione espressa o tacita del marito, si fonda sulla supposizione che la donna, entrando a far parte di una società commerciale come socia a responsabilità illimitata, diventi commerciante: il che, già dicemmo, non è, nel nostro diritto.

(3) *Entsch. des Reichsgerichts*, XVI, pag. 56, 58; PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, IV, 6ª edizione, n. 1059, pag. 193; GORSKI, *Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft*, Vienna 1888, pag. 33; VIDARI, *Corso*, II, n. 1485.

(4) VIVANTE, II, n. 651; VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 143 e seguenti; RODINO, *Dir. comm.*, 1900, 363.

lità illimitata e partecipa agli utili ed alle perdite in ragione della quota assegnatagli nella divisione ereditaria » (1).

La conseguenze pratiche derivanti dall'una e dall'altra dottrina, sono assai importanti:

a) Se si ammette che gli eredi rappresentino un solo socio, ad essi non spetterà che un solo voto collettivamente; se invece si concede ad ognuno di essi la qualità di socio, ad ognuno di essi si dovranno attribuire singolarmente, tutti i diritti di socio nelle deliberazioni sociali;

b) Se ciascun erede non è socio, la morte di uno degli eredi non produrrà lo scioglimento della società: lo produrrà invece se si considerano tutti individualmente come soci (2).

Questa non facile controversia mi sembra non possa trovare una soluzione che ponga a contributo, in un razionale coordinamento, i principii del diritto civile sull'esercizio del diritto ereditario nel caso di più coeredi, colle norme del diritto commerciale sulla condizione giuridica del socio a responsabilità illimitata, senza che si distingua tra la condizione degli eredi prima della divisione e quella dopo la divisione.

A) In forza della successione ereditaria ogni erede diviene comproprietario, in proporzione della sua quota, delle cose ereditarie, ed è tenuto, pure in proporzione della sua quota, al pagamento dei debiti ereditari (3). Quando adunque l'eredità è deferita a più persone, coll'accettazione si verificano due conseguenze giuridiche: 1^o la formazione della comunione ereditaria, per la quale tutte le cose mobili e immobili, corporali e incorporali, costituenti l'eredità, diventano proprietà comune, in parti proporzionali alle quote, di tutti i coeredi. Questa comunione dura fino alla divisione, che può essere sempre domandata da qualunque coerede (art. 984). Anche prima della divisione i soli crediti divisibili possono essere

(1) VIVANTE, *op. cit.*, loco cit.

(2) Così fanno PARDESSUS e GORSKI, *op. cit.*, loco rispettivamente citato.

(3) Codice civile, art. 984, 1029 e 1204; CHIRONI, *Ist.*, § 450, pag. 370; § 459, pag. 394; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, 526 e 527; FUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1877, § 511.

domandati da ciascun coerede separatamente, per la parte che gli spetta in proporzione della sua quota (art. 1204 al. cod. civ.), e gli indivisibili pure separatamente, per l'intero, ma coll'obbligo di dar cauzione idonea per l'indennità degli altri coeredi (art. 1207); 2° i debiti divisibili dell'eredità sono pagati da ciascun coerede per la parte che gli spetta (art. 1204 al.); i debiti indivisibili sono a carico di ognuno dei coeredi per l'intero, salvo il regresso verso i coeredi e il diritto di domandare un termine per chiamarli in causa (art. 1205, 1206 1208).

Stabiliti così i principii sulla scorta del codice civile, se li applichiamo al caso di più coeredi succeduti al socio a responsabilità illimitata, dovremo concludere:

a) Che la quota sociale del defunto diventa proprietà comune di tutti i coeredi. Tutte le deliberazioni riguardanti l'amministrazione e il miglior godimento della cosa comune, come dice l'art. 678 cod. civ., richiamato espressamente, per la comunione ereditaria, dall'art. 1000 stesso codice, sono prese a maggioranza di voti tra i partecipanti, ed obbligano anche la minoranza dissenziente. In tal modo, di fronte agli altri soci, i coeredi figurano come una sola persona, in tutte le deliberazioni che concernono l'amministrazione sociale;

b) Che i diritti di credito derivanti dal contratto sociale e spettanti ai coeredi, come il diritto ai beneficii dell'azienda sociale, il diritto alle somme sborsate oltre il capitale promesso a vantaggio della società (art. 109 cod. comm.), ecc., possono essere esercitati da ciascun coerede separatamente, per la parte che gli spetta, se si tratta di crediti divisibili (art. 1204 cod. civ.) e per l'intero, se di crediti indivisibili (art. 1205 e 1206 cod. civ.). In pratica, si comprende che si tratta quasi sempre di crediti divisibili;

c) Che le obbligazioni derivanti dal contratto sociale, come l'obbligo di conferire le cose promesse (art. 80, 83 cod. comm.) e soprattutto l'obbligazione solidaria e illimitata per le operazioni fatte in nome e per conto delle società (art. 106, 116 cod. comm.), devono essere soddisfatte da ciascun coerede

per l'intero, salvo il regresso verso gli altri coeredi, e il diritto di domandare un termine per chiamarli in causa (articoli 1205, 1207 cod. civ.). Si tratta qui infatti di una obbligazione indivisibile non per la natura dell'oggetto, ma perchè, per la natura e per il fine che si è avuto di mira nel contratto, si rileva evidentemente essere stata intenzione dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente (art. 1205 n. 3 cod. civ.).

Contro l'esattezza di queste massime, che sono una pura e semplice applicazione dei principii stabiliti dal diritto vigente sulla condizione di più coeredi durante la comunione ereditaria, non si può opporre che esse violano « il principio di diritto comune per cui ogni erede continua la persona del defunto in tutti i suoi diritti, *in universum jus* » (1). Dall'essere ciascun coerede successore a titolo universale del defunto non deriva che, per non so quale virtù moltiplicatrice della successione ereditaria, debbano i diritti del defunto riprodursi separatamente presso ciascun coerede. Ogni erede succede *in universum jus*, ma rispetto alla sua quota (2). E come il credito del defunto, passando a più coeredi, non si trasforma in altrettanti crediti di egual valore quanti sono i coeredi, ma si ripartisce tra questi in proporzione della loro quota ereditaria, così non si saprebbe comprendere perchè i diritti di socio spettanti al defunto (e così anche il diritto di voto, cioè il diritto di prender parte alla amministrazione sociale) dovrebbero riprodursi nella loro totalità presso ciascun coerede, attribuendo a ciascuno di essi separatamente tutti i diritti di socio. La verità è che il contratto sociale è fonte di diritti e di obbligazioni di varia natura, diversamente regolati dal codice civile, e che non possono conglobarsi in un'unica categoria come attributi della qualità di socio. Certo alcuni diritti derivanti dal contratto sociale potranno essere

(1) VIVANTE, II, n. 65; VIEZENS, pag. 143.

(2) Principio non controverso: v. autori citati alla nota 3 a pag. 295 e in generale tutti i civilisti.

esercitati separatamente da ciascun coerede in proporzione della sua quota: per es. il diritto agli utili dell'azienda sociale: ma, fino alla divisione, le deliberazioni relative alla cosa comune non possono essere prese separatamente da ciascun coerede. Sarebbe strano che questi potesse disporre da solo di tutta la quota sociale del defunto, quota bensì divisibile, ma non ancora divisa. Nè, in tal modo, si troverebbero ostacoli serii a mettere d'accordo i coeredi tra loro. L'art. 678 cod. civ., espressamente richiamato in materia di comunione ereditaria, dall'art. 1000, prevede il caso di dissensi e vi provvede, dichiarando le deliberazioni della maggioranza obbligatorie anche per la minoranza, e dando facoltà al giudice di nominare un amministratore. Infine sarebbe vero bensì che, trattandosi di obbligazione indivisibile (art. 1205 cod. civ.), non potrebbero gli eredi opporre ai creditori sociali il beneficio della divisione, ma essi troverebbero un compenso non spregevole alla limitazione dei diritti loro spettanti riguardo alla gestione della società, nel beneficio della duplice azione di regresso loro conceduta: perchè essi possono agire in via di regresso non solo contro i consoci (art. 1198 e 1199 cod. civ.) ma anche contro i coeredi (art. 1205 e 1208). Dal che deriva che l'erede, il quale ha pagato, può ripetere da ciascun coerede, non solo una parte della somma sborsata proporzionale all'interesse che questi ha nelle società, ma addirittura una parte proporzionale alla quota ereditaria del coerede (1). Inoltre, essendo obbligato all'intero come coerede, può do-

(1) Un esempio chiarirà l'importanza di questa seconda azione di regresso conceduta al coerede che paga. Si supponga che ad *A*, interessato per metà con *B* in una società in nome collettivo, succedano *C* e *D*, anche in parti uguali. Un creditore sociale, dopo avere escusso inutilmente la società (art. 106 cod. comm.) chiede a *C* 100, ammontare di un debito sociale. *C* paga. Egli può agire in via di regresso contro *D* come coerede, fino a concorrenza di 50, e contro *B* come socio, anche fino a concorrenza di 50. Potrà anche esercitare cumulativamente le due azioni, la prima da solo, la seconda in concorso di *D*. Se invece *D* si considera come socio con diritti propri, e non comuni a *C*, questi non potrà agire contro *D* che per 25, ammontare del suo interesse nella società.

mandare un termine per chiamare in causa i coeredi (art. 1208): vantaggio anche questo di qualche entità.

Del resto, una prova evidente che fino alla divisione il diritto di prender parte alle deliberazioni sociali non spetta a ciascun coerede separatamente, ce la fornisce la pratica che, preoccupandosi appunto di questa circostanza, ha introdotto per consuetudine quasi costante nel patto di continuazione una clausola che prescrive agli eredi di farsi rappresentare, nei rapporti colla società, da una sola persona da essi designata (1).

B) Dopo la divisione la condizione giuridica dei coeredi muta profondamente: essi cessano di essere comproprietari di tutta la quota sociale del defunto, per divenire proprietari esclusivi ciascuno della parte della quota sociale assegnatagli nella divisione. Può darsi anche che, nella divisione, la quota sociale tocchi tutta ad un solo erede (cfr. per analogia articolo 994 cod. civ.). Conseguenza di questa proprietà esclusiva è che l'erede acquista da solo tutti i diritti di socio, e da solo sopporta tutte le obbligazioni che sono come un onere, un peso, della quota sociale o porzione di quota sociale assegnatagli. Mentre, d'altro canto, gli eredi che, nella divisione, non ebbero compresa nella loro parte, alcuna porzione di quota sociale, non sono più tenuti a garantire le obbligazioni sociali sorte dopo la divisione, che non possono considerarsi come obbligazioni dell'eredità, giacchè l'eredità, come universalità di beni, ha cessato di esistere colla divisione.

Contro questa soluzione potrebbe obiettarsi che i consoci del defunto possono trovarsi di fronte non più un socio solo, cioè un voto solo nelle deliberazioni sociali, ma più soci e

(1) Così quasi tutti i contratti da me studiati nella Cancelleria del tribunale di Roma; v. ad es.: contr. 12 luglio 1898, reg. società 1898, n. 57, reg. trascr. n. 325; contr. 17 dicembre 1896, reg. soc. 1896, n. 78, reg. trascr. n. 355; contr. 5 dicembre 1896, reg. soc. 1896, n. 76, reg. trascr. n. 352; contr. 14 settembre 1894, reg. soc. 1897, n. 13; reg. trascr. n. 79; contr. 1 luglio 1896, reg. soc. n. 44; reg. trascr. n. 183; contr. 1 giugno 1896, reg. soc. n. 36; reg. trascr. n. 181; contr. 26 febbraio 1895, reg. soc. n. 133.

più voti. Rispondiamo, che essi debbono subire le conseguenze del patto di continuazione da essi liberamente voluto e che hanno stipulato, malgrado ne potesse derivare la surrogazione di più eredi al posto del defunto.

23. — Quando l'erede succeda al socio amministratore, è stato da alcuni sostenuto (1) che egli non gli succeda altresì nella facoltà e nell'obbligo di amministrare, sulla considerazione che colla morte si estingue il mandato del socio amministratore. A noi pare, che, con una soluzione così assoluta, si applichino arbitrariamente, alla rappresentanza degli amministratori di società in nome collettivo ed in accomandita, norme che nella legge sono scritte esclusivamente per il mandato. Ora la condizione giuridica dei soci amministratori non è quella di mandatari, specialmente quando sono nominati coll'atto costitutivo. La rappresentanza loro concessa deriva dal contratto di società e non da un contratto di mandato (2). Ad essi dunque non sono applicabili le regole speciali del mandato, ma quelle generali delle obbligazioni, secondo le quali « si presume che ciascuno abbia contratto per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto » (art. 1127 cod. civ.). E perciò solo quando dal contratto risulti che l'amministrazione fu confidata al socio defunto per le sue personali attitudini, la facoltà e l'obbligo di amministrare non si trasmetteranno agli eredi (3).

(1) V. PARDESSUS, n. 1059; DELANGLE, *Des sociétés*, n. 649; TROPLONG, n. 954; LYON CAEN et RENAULT, II, n. 313 bis; GORSKI, *op. cit.*, pag. 16; VIDARI, II, n. 1485; RODINO, pag. 387.

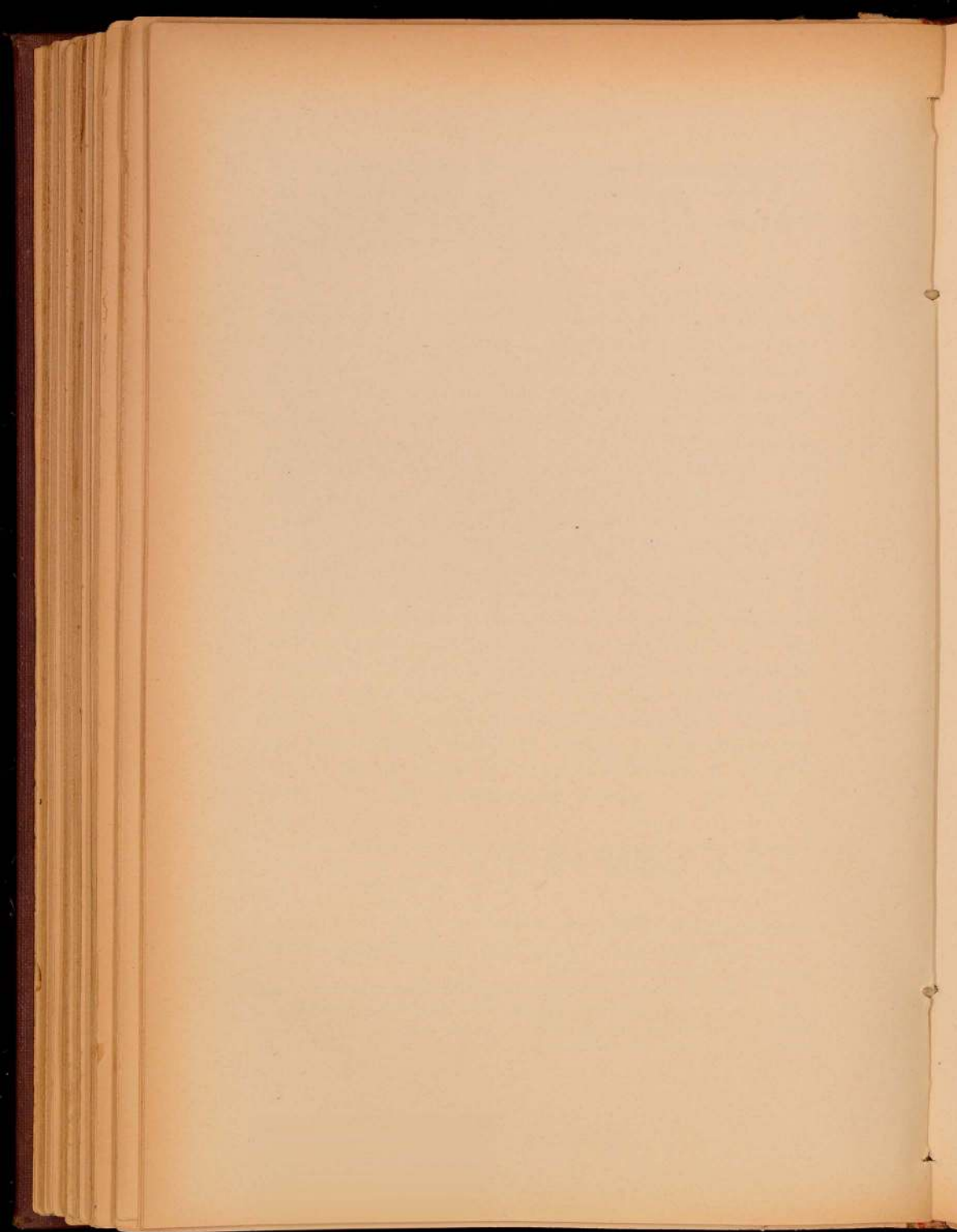
(2) V. VIVANTE, I, n. 312.

(3) V. VIVANTE, II, n. 652; VIEZENS, *Das Fortbestehen*, pag. 145; e, sostanzialmente, anche BEHREND, pag. 551, nota 14.

LA RAPPRESENTANZA DELLE PERSONE GIURIDICHE
E IN ISPECIE DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI
IN RAPPORTO ALLA INTIMAZIONE
E NOTIFICAZIONE DEGLI ATTI GIUDIZIARI *

* *Il Foro Italiano*, 1904. Nota alla sentenza 15 aprile 1903 della Corte di cassazione di Torino, la quale ritenne:

« È valida la citazione, e tanto più in appello, intimata ad istanza di una società o di una ditta commerciale, designata con la sua specifica denominazione, anche se non contenga l'indicazione della persona fisica che la rappresenta (nella specie, il nome del liquidatore) ».



Questa modesta questione pratica della indicazione del rappresentante nelle citazioni delle società commerciali involve tutto il problema della situazione processuale delle società, e quindi quello della rappresentanza in genere e della rappresentanza in giudizio delle persone giuridiche. L'opinione, sostenuta già dal Mortara (*Manuale della proc. civ.*, 2^a ediz., nn. 214 e 216 nota) ed accolta anche da chi scrive (*Le società comm. in rapporto al giud. civile*, Torino, 1898, nn. 133 e seg.) che tale indicazione sia necessaria, tanto nell'ipotesi della società attrice, quanto in quella della società convenuta, e sia necessaria non solo nel referto di notificazione, ma anche nel corpo dell'atto, ha trovato una larga ed acuta dimostrazione in una nota critica del prof. Castellari, inserita nell'*Archivio giuridico*, LXI (1898), pag. 148-170. Malgrado però questo largo consenso della dottrina, la tesi non ha incontrato molto favore in giurisprudenza (1) e fu, di recente, oppugnata anche dal prof. Navarrini, nella *Rivista di dir. comm. e ind.*, 1903, II, 112 e seg. Poichè noi continuiamo a credere alla bontà di quella tesi, così ci si consenta di prendere occasione dalla sentenza della Cassazione di Torino che vi si dichiara ancora una volta contraria, per studiare il problema da un punto di vista, sotto il quale forse non fu considerato finora.

(1) Veggasi da ultimo Cass. Roma 10 gennaio 1903 (*Foro it.*, 1903, I, 260) ed i richiami in nota.

Sono la natura stessa e il fondamento della rappresentanza che qui vengono in campo, e che perciò occorre siano anzitutto precisati. Questa precisazione alla sua volta richiede che si risalga ancora fino al concetto del *diritto subiettivo*, la cui nozione è un presupposto indispensabile per chi voglia studiare l'istituto della rappresentanza non soltanto nei suoi *effetti* (come si fa di solito), ma anche nel suo *fondamento* intrinseco.

Fra i due concetti del diritto subiettivo dominanti fino ad alcuni anni fa nella scienza giuridica, quello del Windscheid, che lo considerava come una *potestà di volere riconosciuta dal diritto*, e quello dello Jhering, che lo definiva un *interesse giuridicamente protetto*, si è fatto strada, per merito principalmente del Bernatzik e dello Jellinek, un concetto, accolto oramai dalla più autorevole dottrina, che nella fusione delle due concezioni, ambedue non inesatte, ma unilaterali, del Windscheid e dello Jhering ha trovato una definizione esauriente e precisa del diritto subiettivo. Il Bernatzik, prima (*Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Freiburg, 1890, pag. 25 e seg.) e lo Jellinek poi (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, pag. 40 e seg.) notarono che, come non può concepirsi una volontà priva di contenuto, giacchè non si può volere *simpliciter*, ma occorre volere un qualche cosa, e questo qualche cosa, obiettivamente considerato, è un *bene*, subiettivamente è un *interesse*, così, d'altro canto, perchè un qualche cosa sia considerato come *bene* o *interesse*, occorre che sia voluto o possa esser voluto dall'uomo. Essi perciò definirono il diritto subiettivo: un *interesse giuridicamente protetto mediante il riconoscimento della volontà, che lo persegue*.

Tutto ciò è assai noto e non occorre quindi insistervi oltre. Ciò che importa fissare è soltanto che questi due elementi del diritto subiettivo, *volontà* e *interesse*, possono coincidere, ma possono anche non coincidere nello stesso subietto: non è necessario cioè che il portatore della volontà diretta alla attuazione dell'interesse e il destinatario dell'interesse siano identici. Poichè la volontà è il mezzo, con cui un qualche

cosa diventa interesse, l'interesse ha bisogno per la sua esistenza e per la sua funzione di una volontà (cfr. Jellinek, *System*, pag. 42), ma nessuna esigenza logica o pratica vieta che alcuno prosegua colla volontà *propria* un interesse altrui (vedi Jellinek, *op. cit.*, loc. cit.; Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit*, pag. 68-71; Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale*, Genova, 1898, pag. 114; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, pag. 367).

Orbene, come già notava ottimamente il Bernatzik, *op. cit.*, pag. 69, nella rappresentanza noi abbiamo appunto un caso di *non coincidenza del portatore della volontà col destinatario dell'interesse* (1). Questa non coincidenza avviene alcune volte *necessariamente*, altre volte *volontariamente*: a) *Necessariamente*, quando il destinatario dell'interesse è o una *persona giuridica*, che non esistendo come soggetto fisico, manca del-

(1) Di questa non coincidenza la rappresentanza è un caso, non l'unico. Altri casi si hanno quando il soggetto della volontà diretta ad un interesse altrui o non si mette affatto o non si mette *come tale* in rapporto coi terzi: la prima ipotesi si ha negli organi *puramente deliberativi* delle persone giuridiche: la seconda nel mandatario sfornito di rappresentanza (art. 1744 cod. civ., art. 380 e seg. cod. comm.) che pone in essere un negozio giuridico per conto bensì del mandante, ma in nome proprio, e quindi non figurando di fronte ai terzi come il portatore di una volontà proseguita un interesse altrui. La differenza tra il caso della rappresentanza e questi altri casi di non coincidenza del soggetto della volontà col destinatario dell'interesse sembra sta dunque in ciò, che nel primo il portatore della volontà che la dirige verso un interesse altrui entra in rapporti coi terzi, ed entra in rapporti *come tale*: mentre, negli altri casi, il soggetto della volontà o non entra affatto in rapporto coi terzi, ma si limita a formare o a concorrere con altri a formare una volontà, la quale, per essere diretta agli scopi del soggetto dell'interesse, si considera *giuridicamente* volontà di questo, o entra bensì in rapporti coi terzi, ma senza apparire ad essi quello che è, cioè un soggetto di volontà diretta ad interessi altrui. In questi ultimi casi il portatore della volontà potrebbe dirsi *organo* del destinatario dell'interesse. Questi concetti possono essere utilizzati, ci sembra, per la soluzione di alcuni problemi fondamentali nella scienza del diritto, come la differenza tra *organo* e *rappresentante*, e i rapporti tra rappresentanza, mandato e locazione d'opera. Su quest'ultimo vedi ora le notevoli osservazioni dello SRAFFA, *Comment. al cod. di comm.* del VALLARDI, *Del mand. comm. e della commissione*, pag. 14 e seg. e di VIVANTE, *Trattato*, 2^a ediz., n. 244.

l'attitudine fisica alla funzione volitiva, o una persona fisica per le condizioni di età o di salute inetta a quella funzione (minore, interdetto): in ambedue i casi, perchè possa attuarsi la tutela giuridica degli interessi di tali subietti mancanti dell'attitudine fisica a volere, occorre che altri subietti forniti di questa attitudine, spieghino la loro volontà per l'attuazione degli interessi di quelli; *b) Volontariamente*, quando il destinatario dell'interesse, per ragioni di mera opportunità pratica, deleghi ad altri la facoltà di *volere per lui*, cioè di perseguire colla volontà propria interessi di esso delegante. In ambedue questi casi, l'atto volitivo che *psicologicamente* è atto del rappresentante, essendo rivolto ad attuare un interesse del rappresentato, si considera *giuridicamente* come atto di volontà del rappresentato, e, poichè esso apparisce *come tale*, cioè come rivolto ad un interesse altrui, al destinatario della dichiarazione di volontà, così dà luogo a rapporti giuridici che si producono *direttamente* nella persona del rappresentato.

In tutte le forme di rappresentanza noi abbiamo dunque un interesse protetto dall'ordinamento giuridico che appartiene al rappresentato, ma è fatto valere mediante un atto volitivo proprio del rappresentante. Ora, tra gli interessi che il diritto obiettivo protegge, vi è anche l'interesse ad ottenere l'attuazione, per mezzo del magistrato, del diritto obiettivo, e quindi, *per l'inseparabilità dei due momenti, obiettivo e subiettivo del diritto*, dei diritti subiettivi da quello riconosciuti (1). Esiste dunque un *diritto subiettivo pubblico* del privato verso lo Stato all'attuazione del diritto obiettivo, e, quindi, alla tutela dei diritti subiettivi che ne derivano, e un

(1) Cade quindi l'accusa di contraddizione mossa dall'egregio CHIOVENDA (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, pag. 41, *nota*) alle due definizioni del concetto di azione date nel mio *Concordato*, pag. 189, *nota* 20, nella prima delle quali avevo riguardo al momento obiettivo, e nella seconda al momento subiettivo. Circa l'inseparabilità dei due momenti, che — come è noto — è assai discussa e da taluno negata, vedi BIERLING, *Iuristische Prinzipienlehre*, Freiburg u. Leipzig, 1894-1898, I, pag. 145 segg.

corrispondente dovere dello Stato verso il privato ad attuare, mediante il suo potere sovrano, l'ordine giuridico (1). Questo diritto subiettivo del privato ha un duplice aspetto: è *diritto d'azione*, in quanto il privato può rivolgersi allo Stato perchè questo costringa al rispetto dell'ordine giuridico chi ricusi od ometta di sottostarvi: è *diritto di eccezione*, o, in genere, di *difesa processuale* (e fa parte, perciò, del generale *diritto di libertà*), in quanto il privato può esigere dallo Stato il rispetto della propria sfera di libertà riconosciutagli pure dal diritto obiettivo. Tanto il diritto di azione quanto il diritto d'eccezione si fanno valere nel processo mediante dichiarazioni di volontà delle parti: lo Stato, alla sua volta, fa valere il suo diritto di attuare l'ordine giuridico, e adempie al correlativo dovere di farlo rispettare mediante altre dichiarazioni di volontà. Queste dichiarazioni di volontà delle parti e dello Stato (*atti processuali*) debbono, per un principio generale vigente nel nostro diritto, essere portate a conoscenza, le prime, dell'altra parte: le seconde, della parte a cui sono dirette (*notificazione*). Le dichiarazioni di volontà delle parti, benchè dirette allo Stato, debbono essere comunicate all'altra parte, affinchè questa possa far valere le proprie ragioni colla completa scienza delle ragioni addotte dall'avversario. Le dichiarazioni di volontà dello Stato, siano esse vere pronunzie giudiziali (sentenze, ordinanze, decreti) o semplici ordini o precetti o mandati, di natura meramente esecutiva (per es. la

(1) Questo concetto pubblicistico dell'azione può dirsi oramai dominante: cfr. MÜLLER, *Zur Lehre von der römischen Actio*, Erlangen, 1857, pag. 40 segg. (cit. da CHIOVENDA, *op. cit.*, pag. 50); BUELOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, pag. 1 e segg.; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, pag. 9 e seg.; SOHM, nella *Zeitschrift für privat und öff. Recht der Gegenwart*, IV, pag. 466; LOENING, *Die Widerklage im Reichs-Civilprozess*, Berlin, 1881, pag. 188 e segg.; WACH, *Handb. d. deutschen Civilprozessrechts*, pag. 19; PLANCK, *Lehrb. d. deutschen Civilprozessrechts*, Nordlingen, 1887-1896, II, pag. 3 e segg.; JELLINEK, *System*, pag. 119 e segg.; — e fra i nostri: MORTARA, *Commentario*, n. 416 e segg.; DIANA, *Dei rapporti processuali*, estratto dal *Monitore dei trib.*, 1901; — *Contra* vedi il recente ed interessante scritto del CHIOVENDA, più volte citato, specialmente pag. 102 e se

citazione, il precetto mobiliare e immobiliare), debbono pure essere portate a conoscenza della parte a cui sono dirette (per il pronunziato del giudice cfr. Chiovenda, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, estr. della *Legge*, Roma, 1901, pag. 4 segg.).

Quando il diritto subiettivo d'azione o di eccezione è fatto valere a mezzo di rappresentante, vale a dire, quando l'interesse del privato ad ottenere l'attuazione del diritto obiettivo è fatto valere mediante atti volitivi propri del rappresentante, sorgono, riguardo al modo col quale la dichiarazione di volontà della parte deve essere fatta conoscere all'altra parte, e quella dello Stato alla parte a cui è diretta, alcune difficoltà, che occorre qui superare. Due ipotesi principali sono possibili: a) la parte, che agisce a mezzo di rappresentante, è quella che emette la dichiarazione di volontà; b) la parte, che agisce a mezzo di rappresentante, è quella a cui deve essere fatta conoscere la dichiarazione di volontà dello Stato o dell'altra parte.

a) È principio generale in materia di rappresentanza che i terzi hanno diritto di conoscere non solo chi è la persona in cui nome la dichiarazione di volontà viene emessa (*rap-presentato*), ma anche la persona che fa la dichiarazione (*rap-presentante*). La conoscenza infatti del subietto fisico, a cui la dichiarazione di volontà appartiene, è indispensabile tanto per giudicare del valore e della portata della dichiarazione, quanto per decidere dell'esistenza e dei limiti della facoltà nel dichiarante di attuare colla volontà propria un interesse altrui. Quando si dice che requisito essenziale della rappresentanza è che il rappresentante agisca *come tale*, si presuppone che chi agisca sia il rappresentante, e che quindi ai terzi la dichiarazione di volontà appaia come dichiarazione di volontà di un *determinato subietto fisico*, diverso, naturalmente, dal rappresentato. Ciò è elementare; ed è vero tanto nel diritto materiale, quanto nel diritto processuale. Solo, in taluni casi, questo principio trova una particolare applicazione, come avviene appunto nel processo civile, per la particolare condi-

zione in cui si trovano, in esso, le parti, nei loro rapporti reciproci. Di regola, i rapporti giuridici derivanti da una dichiarazione di volontà sono rapporti *immediati*, nel senso che essi si producono *direttamente* nel destinatario della dichiarazione, od eventualmente nel terzo, a cui favore la dichiarazione stessa è stata fatta. Perciò colui, nei cui riguardi si producono gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà, ha sempre diritto di esigere, quando la dichiarazione è emessa da un rappresentante, che questi gli si faccia conoscere come tale, e può sempre negar valore a una dichiarazione fatta da chi non aveva o da chi eccedette la facoltà di rappresentare. Ecco perchè, di regola, spetta a colui, nei cui riguardi la dichiarazione di volontà produce i suoi effetti, l'obbligo di accertarsi della persona e dei poteri di chi emise la dichiarazione in nome altrui. Ma nel diritto processuale la situazione è ben diversa. Qui non vi sono rapporti tra le parti: i rapporti processuali corrono solo fra le parti e lo Stato, rappresentato dal giudice; la dichiarazione di volontà di una parte non produce quindi conseguenze giuridiche *immediate* che nei riguardi dello Stato: nei riguardi dell'altra parte produce solo conseguenze *mediate* o *indirette*, in quanto provoca l'attività giudiziale dello Stato, e dà luogo a dichiarazioni di volontà del giudice, da cui derivano rapporti tra lo Stato e l'altra parte. Questa indiretta ripercussione nell'altra parte della dichiarazione di volontà rivolta allo Stato, importa la necessità che questi, prima di provvedere sulla domanda rivoltagli, ponga l'altra parte in condizione di fare efficacemente valere il suo diritto di difesa (principio del *contraddittorio*); donde l'istituzione di un apposito organo dello Stato (*uscieri*), a cui è affidato il compito, sull'inizio del processo, di dar notizia al convenuto della domanda dell'attore, invitandolo a comparire davanti al giudice per far valere il suo diritto di difesa (*citazione*) e, nel seguito del processo, il compito di far conoscere a ciascuna delle parti le dichiarazioni di volontà dell'altra, sempre perchè ciascuna di esse possa esercitare il suo diritto di azione o di eccezione, con piena conoscenza

della condizione giuridica e delle ragioni dell'avversario. Or bene, quando è un rappresentante quello che emette la dichiarazione di volontà per la parte, perchè lo scopo del contraddittorio possa essere raggiunto, occorre che l'altra parte abbia notizia, per mezzo dell'usciera, della vera condizione giuridica di chi ha emesso la dichiarazione di volontà rivolta allo Stato, e quindi, anzitutto, della persona fisica che ha emesso la dichiarazione. Non essendovi alcun rapporto diretto tra le parti, quella, a cui è data notizia di una dichiarazione di volontà dell'altra, non ha nessun modo di pretendere da essa che le faccia conoscere la persona fisica autrice della dichiarazione; *questa persona fisica deve essere dunque fatta conoscere alla parte nell'atto stesso in cui le si dà notizia della dichiarazione di volontà emessa dal rappresentante dell'altra parte in nome di questa*. In un sol caso sarebbe possibile fare a meno di questa indicazione: quando l'usciera accertasse — sotto la sua responsabilità — che colui, il quale emise la dichiarazione, aveva la facoltà di emetterla: allora l'altra parte dovrebbe contentarsi della dichiarazione dell'usciera, e si renderebbe inutile l'indicazione del rappresentante. Ma ciò non è perchè, come dice benissimo il Mortara, non entra nello ufficio dell'usciera il certificare le qualità e le funzioni degli individui con cui il ministero suo lo pone a contatto (*op. cit.*, loc. cit.).

Questa conclusione del resto, a cui conducono i principi stessi della rappresentanza e la natura dei rapporti processuali, risulta anche da alcune precise disposizioni della nostra legge processuale; risulta ad es. dall'art. 162, per il quale ogni comparsa deve indicare *il nome e cognome delle parti e dei loro procuratori*; risulta dall'art. 332, che impone il rinnovamento della citazione quando avvenga la *cessazione dell'ufficio per cui una delle parti doveva comparire in giudizio*, appunto perchè, venuta meno nell'antico rappresentante la facoltà di rappresentare, occorre che l'altra parte conosca chi è il nuovo rappresentante; risulta dall'art. 334, che vuole ugualmente il rinnovamento della citazione quando avvenga la *morte*, la

cessazione dell'esercizio, la sospensione o l'interdizione di uno dei procuratori costituiti, anche qui perchè, venuta meno nel procuratore la facoltà di rappresentare, bisogna ciò far conoscere all'altra parte, e darle notizia della persona del nuovo procuratore. Non si nega che, nei casi degli art. 332 e 334, il rinnovamento della citazione possa avere anche altri scopi, ma esso ha sicuramente anche quello ora accennato (arg. articolo 336).

b) Facciamo ora l'ipotesi che la parte, la quale agisca a mezzo di rappresentante, sia quella a cui deve esser fatta conoscere la dichiarazione di volontà dello Stato o dell'altra parte.

Qui bisogna ancora distinguere:

1° Può trattarsi di una dichiarazione di volontà dello Stato, sia esso un vero *pronunziato giudiziale*, con cui si *ri-getta* la domanda dell'attore o si dirige un *precetto* al convenuto, sia invece un semplice *ordine* esecutivo di un qualunque funzionario giudiziario. Ogni dichiarazione di volontà dello Stato nell'esercizio della sua funzione giudiziaria, contenendo di necessità un *comando*, deve essere diretta a colui che vi si deve conformare: non solo, ma deve giungere a notizia di colui a cui è diretta. Le formalità con cui questo principio si può attuare sono varie (cfr. Chiovenda, *Sulla pubbl. delle sentenze*, pag. 4): nel nostro diritto viene affidato ad un apposito ufficiale giudiziario (*usciera*) il compito di comunicare la dichiarazione alla parte a cui è diretta, accertando tale comunicazione in modo che essa non possa legittimamente aleggarne l'ignoranza. Ma quando la parte agisce a mezzo di rappresentante, è al rappresentante *come tale*, in quanto egli ha diritto e dovere di agire per la parte, che il comando deve essere diretto e comunicato: giacchè è chiaro che ogni ordine deve essere indirizzato e fatto conoscere a chi ha diritto e dovere di eseguirlo. D'onde la necessità che la persona del rappresentante sia indicata tanto nel corpo dell'atto, quanto nel referto di notificazione.

2° Può trattarsi di una dichiarazione di volontà dell'altra

parte, la quale deve essere comunicata a quella che agisce a mezzo di rappresentante. Poichè scopo della comunicazione degli atti processuali di una delle parti è quello di mettere l'altra in grado di attuare, con piena conoscenza di causa, mediante atti volitivi, i propri interessi processuali, occorre che la comunicazione, se vuole ottenere il suo scopo, sia fatta alla persona che deve spiegare la propria volontà a tutela di quegli interessi. Quando perciò la parte, a cui deve essere fatta la comunicazione, agisce a mezzo di rappresentante, è al rappresentante che deve essere comunicata la dichiarazione di volontà dell'altra parte; è il rappresentante infatti che deve spiegare la propria volontà a tutela degli interessi della parte; egli ha diritto di conoscere tutti gli elementi di fatto che possono determinare la sua volontà, giacchè la coscienza di sè e del mondo esterno è un presupposto indispensabile della volontà. D'onde la regola che gli atti processuali dell'altra parte debbono essere notificati al rappresentante (cfr. art. 136, 137, 138, 163 cod. proc. civ.) e, per conseguenza, la persona del rappresentante deve essere indicata nel referto dell'uscieri, che attesta tale notificazione.

Posti così i principî, facile ne riesce l'applicazione agli atti processuali diretti contro o fatti in nome di una persona giuridica, e in specie, di una società commerciale.

La società commerciale è persona giuridica, e, come tale, i suoi interessi debbono essere di necessità attuati da persone fisiche che spieghino per essa la loro attitudine a volere, proseguendo colla loro volontà gli scopi sociali. Ciò è vero anche per l'interesse processuale od interesse all'attuazione del diritto (1). Quindi, gli atti processuali fatti in nome della società

(1) Il che significa che le società sono capaci di *esser parti*, sono cioè capaci di diritti subiettivi processuali; ma non sono capaci di *agire in giudizio*, non possono cioè, perchè psicologicamente inette alla funzione volitiva, compiere atti volitivi per l'attuazione dei loro interessi processuali. La capacità ad agire in giudizio (*Prozessfähigkeit*) è infatti la capacità ad emettere dichiarazioni di volontà con effetti giuridici processuali: Cfr. PLANCK *Lehrb. d. deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, pag. 214.

sono atti di volontà del rappresentante; infine gli atti dello Stato nel processo contengono dichiarazioni di volontà dirette al rappresentante, e che da questo debbono essere conosciute. Anche qui si devono distinguere le dichiarazioni di volontà emesse *in nome* della società, da quelle *dirette* o anche, semplicemente, *comunicate* alla società. Cominciamo da queste ultime, per cui la legge, almeno parzialmente, dispone in modo espresso: diremo poi delle prime.

a) Quanto alla *notificazione* alla società, di dichiarazioni di volontà sia dello Stato, sia dell'altra parte, nessun dubbio. L'art. 137 n. 1 cod. proc. civ., richiamato dall'art. 39 per tutti in genere gli atti che debbono notificarsi alla parte personalmente, stabilisce in modo esplicito che l'atto deve essere notificato al rappresentante: certo quindi che nel referto di notificazione deve l'usciera indicare la persona fisica del rappresentante. In ciò tutti sono concordi. Dubbio è invece, nel silenzio della legge, se debba essere indicato il nome del rappresentante nel corpo degli atti diretti contro la società: ossia nel contesto delle dichiarazioni di volontà dello Stato contenenti un comando rivolto alla società. La questione si fa principalmente per la citazione, ma ciò che si dice della citazione vale anche per le altre dichiarazioni di volontà del giudice (sentenze, ordinanze, decreti) o dell'usciera (precetto mobiliare e immobiliare).

È nota la natura della citazione nel nostro diritto. Essa è un *atto dell'usciera*, con cui questo pubblico ufficiale, ad istanza dell'attore, *ordina* al convenuto di comparire davanti al giudice: scopo di tale ordine è l'instaurazione del contraddittorio (art. 38 cod. proc. civ.). Da questa sola considerazione risulta la necessità della indicazione del rappresentante. L'ordine di comparire davanti al giudice deve essere diretto ad un soggetto capace di riceverlo e di eseguirlo: lo scopo della citazione verrebbe meno, qualora essa non fosse diretta alla persona fisica autorizzata a volere per l'ente, la quale è la sola che possa, nel processo, spiegare legittimamente una volontà per l'attuazione degli scopi di quello. Ma oltre que-

sto argomento, desunto dal concetto stesso della rappresentanza e dalla natura della citazione, altri ci soccorrono, desunti da disposizioni di legge regolanti casi simili e materie analoghe.

Per gli incapaci l'art. 136 cod. proc. civ. espressamente stabilisce che nella citazione ad essi diretta debba essere indicato il nome del rappresentante.

Quale la ragione di questa norma? Quella stessa dalla quale abbiamo or ora desunto, per le persone giuridiche, la necessità della chiamata in giudizio della persona fisica autorizzata a volere per l'ente. Se la citazione è un *ordine di comparire davanti al giudice*, che l'uscire, *ad istanza* dell'attore, intima al convenuto, perchè questi possa far valere il suo diritto di difesa processuale, ossia, possa spiegare la sua *volontà* per l'attuazione del suo *interesse processuale* a che sia respinta la domanda dell'attore, è chiaro che quell'ordine deve, sempre ed in ogni caso, essere diretto a chi ha fisiologicamente la *possibilità*, e giuridicamente la *facoltà*, di spiegare una volontà per l'attuazione di tale interesse. Ecco perchè la legge dice che l'*assolutamente incapace* deve essere citato nella persona del suo rappresentante (art. 136 primo cap.): ecco perchè la legge dice che il *relativamente incapace* deve essere citato tanto in persona propria, quanto in persona di coloro, la cui assistenza o autorizzazione è necessaria (art. 136 primo cap.). Con questa chiara e precisa disposizione, la legge ha reso omaggio al principio elementare e fondamentale che l'*ordine* contenuto nella citazione deve essere diretto a chi ha la possibilità di eseguirlo, vale a dire a chi può spiegare la *propria volontà* per l'attuazione dell'*interesse* di colui, contro cui è rivolta la domanda dell'attore, a che la domanda stessa sia respinta dal giudice.

Ora, questo fondamentale ed elementare principio vale tanto per gli incapaci, quanto per le persone giuridiche: nè occorrono molte parole per dimostrarlo. Si tratta, tanto per gli uni che per le altre, di casi di *non coincidenza del portatore della volontà col destinatario dell'interesse*. Così l'incapace

come la persona giuridica sono destinatari di interessi giuridicamente protetti, che essi non possono far valere mediante la *volontà propria*; così l'uno come l'altra hanno bisogno di un subietto fisico, atto alla funzione volitiva, che prosegua, colla volontà propria, questi interessi. È vero che questo principio la legge non l'ha espressamente riconosciuto ed applicato che nel caso degli incapaci (art. 136) e nel caso delle società commerciali e delle altre persone giuridiche nulla ha disposto (art. 137 e 138). Ma si vorrà da ciò desumere che quel principio, vero per gli incapaci, vero per le società, e in genere per tutte le persone giuridiche, debba essere applicato per gli incapaci, e disapplicato per le società commerciali e le altre persone giuridiche? Uso più gretto ed erroneo della pericolosa argomentazione *a contrario* non potrebbe certo farsi. Se identica è la ragione della legge e nel caso degli incapaci e in quello delle società (e ciò che si dice per le società vale per tutte le persone giuridiche), se il principio riconosciuto ed applicato espressamente per gli incapaci, vale anche per le società, non può esser dubbio che la conseguenza logicamente indeclinabile di quel principio, tratta in modo espresso dalla legge per i soli incapaci, debba essere tratta dall'interprete anche per le società di commercio e per tutte le persone giuridiche (art. 3 disp. prelim. cod. civ.).

Tutto ciò che è stato detto contro questa interpretazione degli art. 136, 137 e 138 dipende da una men chiara visione del concetto stesso di persona giuridica e da insufficiente analisi del *fondamento intrinseco* dell'istituto della rappresentanza. Non da altro dipende l'affermazione recisa del prof. Navarrini (a cui deve del resto riconoscersi il merito di aver portato la questione sul suo vero terreno, vale a dire sul fondamento e la natura della rappresentanza delle società), la affermazione cioè che non è possibile desumere argomenti di analogia per le società commerciali (e perciò anche, in genere, per le persone giuridiche) dalle disposizioni concernenti le persone fisiche incapaci (*nota cit.*, p. 113). Nessuno certo vorrà sostenere che la rappresentanza delle società, e, in genere,

delle persone giuridiche, debba pareggiarsi a quella degli incapaci: differenza tra l'una e l'altra vi è, e sta nella diversa *ragione psicologica* della inettitudine a volere della persona giuridica e della persona fisica incapace: inettitudine a volere che rende necessaria per entrambe la rappresentanza, affinché sia possibile che una volontà venga spiegata per l'attuazione dei loro interessi. La persona fisica incapace è (o si ritiene) psicologicamente inetta a volere per le sue condizioni di età o di salute: la persona giuridica è inetta alla funzione volitiva, perchè la collettività, il cui interesse, come interesse collettivo, è protetto dal diritto, non ha, come tale, facoltà psicologica di volere. Ma, tolta questa differenza, che vieta di assolutamente pareggiare o identificare queste due specie di rappresentanze, restano fra l'una e l'altra molti, anzi i più importanti, punti di contatto. Non solo infatti tra la rappresentanza degli incapaci e quella delle persone giuridiche vi è di comune ciò che è proprio ad ogni forma di rappresentanza, cioè che nell'una e nell'altra abbiamo egualmente casi di *non coincidenza tra il portatore della volontà e il destinatario dell'interesse*, ma vi è di più, che nell'una e nell'altra, questa non coincidenza è *necessaria*, non *volontaria*, giacchè nell'uno e nell'altro caso il destinatario dell'interesse ha bisogno di un subietto fisico atto alla funzione volitiva, che prosegua per lui i suoi interessi, perchè esso è *psicologicamente* inetto alla funzione volitiva. Ora, questi due punti comuni tra il caso degli incapaci e quello delle persone giuridiche, cioè che nell'uno e nell'altro abbiamo *non coincidenza* tra portatore della volontà e destinatario dell'interesse, e non coincidenza *necessaria*, basta, perchè, *riguardo alla questione che ci preoccupa*, si stabilisca netta e sicura l'analogia fra il primo ed il secondo caso. Poichè appunto in causa di questa *necessaria non coincidenza tra il destinatario dell'interesse processuale e il portatore della volontà che lo fa valere*, è dettata la disposizione dell'art. 136, come abbiamo più sopra ampiamente dimostrato, è evidente, quando si tratti di applicare lo stesso art. 136 estensivamente, l'analogia tra il caso dell'art. 136 e

quello degli altri casi, *in cui si ha egualmente necessaria non coincidenza tra il destinatario dell'interesse processuale e il portatore della volontà che lo fa valere*, come avviene appunto riguardo alle persone giuridiche in genere, e alle società commerciali in specie (1).

Dire a questo proposito, come fa il Navarrini (*op. cit.*, loc. cit.), che la rappresentanza della società « non è data o imposta da mancanza o insufficienza di capacità di volere », val quanto ammettere che una collettività abbia, come tale, psicologicamente, attitudine a volere; il che è evidentemente non vero. Nè più soddisfacente è la spiegazione che lo stesso nostro egregio contraddittore dà della necessità di questa rappresentanza, la quale deriverebbe « dall'opportunità, o, se vuoi, dalla necessità di avere un mezzo, uno strumento con cui quella capacità trovi, data la natura complessa dell'organismo sociale, una esplicazione adeguata ». Non è il rappresentante — aggiunge il Navarrini — che integri l'incapacità della società, o si sostituisca ad essa, ma è questa che fa valere la sua capacità *per mezzo* di quello; tanto che — ognuno l'ammette — il rappresentante di una società non potrebbe compiere atti di cui quella non fosse giuridicamente capace (*nota cit.*, p. 114). Qui, ci par chiaro, tutto il ragionamento riposa su un equivoco circa la parola *capacità*, equivoco che dipende da uno scambio tra la *capacità giuridica* o *capacità di diritto*, e la *capacità di agire*. Certo, non si nega che le

(1) Come è noto, nell'estensione analogica della norma, il processo è appunto quello di risalire dal principio affermato dal legislatore ad un principio più generale, di cui il primo è corollario, e che comprende tanto la norma scritta nella legge, quanto altre norme che egualmente ne discendono come logica conseguenza. Cfr. FERRINI, *Pandette*, n. 23; REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 157. Ora, poichè la norma dell'art. 136, riguardante gli incapaci non è che un corollario del principio più generale che ogniqualevolta si ha necessaria non coincidenza tra portatore della volontà e destinatario dell'interesse, l'ordine dell'uscire, contenuto nella citazione, deve essere diretto al portatore della volontà, è chiaro che questo principio si deve applicare anche alle persone giuridiche e, in specie, alle società commerciali, in cui si verifica la stessa non coincidenza tra portatore della volontà e destinatario dell'interesse.

società commerciali, come *persone giuridiche*, cioè come *subietti di diritto*, e appunto *perchè tali*, abbiano *capacità giuridica*: capacità giuridica o di diritto, personalità giuridica, e subiettività di diritto, sono tutti termini equivalenti. Ma anche le persone fisiche incapaci sono *subietti di diritto*, cioè *capaci di diritto*. È vero che le società commerciali, come *persone giuridiche*, e appunto perchè tali, non hanno *capacità di agire*, cioè non possono, per deficienza di attitudine psicologica alla funzione volitiva (perchè tale attitudine è propria soltanto dell'uomo individuo), spiegare esse, come tali, una volontà per l'attuazione dei loro interessi, che il diritto obiettivo tutela; è quindi vero che le società commerciali hanno bisogno di *subietti fisici* che vogliano ed agiscano per loro. Ma è vero altresì che anche le persone fisiche incapaci, mancando (o presumendosi dalla legge che manchino) dell'attitudine psicologica a volere, hanno egualmente bisogno di altri subietti fisici capaci, che vogliano ed agiscano per loro. Ora, se le società commerciali, come tutte le persone giuridiche, hanno *capacità giuridica o di diritto*, ma non hanno *capacità di agire*, la necessità della rappresentanza deriva appunto e soltanto da ciò che occorre alla società un subietto fisico, il quale *si sostituisca* ad essa nella funzione volitiva, o — *il che equivale perfettamente* — da ciò che alla società occorre un subietto fisico *per mezzo* del quale essa faccia valere la sua *capacità giuridica o di diritto*: capacità giuridica però — intendiamoci bene! — accompagnata da *incapacità di agire*. Ed egualmente per le persone fisiche incapaci: anche per queste la necessità della rappresentanza deriva da ciò che esse, *capaci di diritto*, ma *incapaci di agire*, hanno bisogno di altri subietti fisici che si sostituiscano ad esse nella funzione volitiva o — il che vale lo stesso — *per mezzo dei quali esse facciano valere la loro capacità giuridica!*

Ciò posto, dov'è la *profonda diversità* tra il caso delle società commerciali e quello delle persone fisiche incapaci? Soltanto prendendo l'incapacità delle persone fisiche come *incapacità di diritto* (il che non è vero), e la capacità delle società

come *capacità di agire* (il che pure è falso), è possibile trovare tra la condizione delle une e quella delle altre una differenza che possa influire sulla questione di cui ora trattiamo.

Un altro argomento di analogia ci offre l'art. 332 cod. proc. civile. La disposizione di questo articolo, per cui la citazione deve essere rinnovata quando avvenga la cessazione dell'ufficio per cui una delle parti (quindi tanto l'attore, quanto il convenuto: ma a noi interessa per ora il convenuto) doveva comparire in giudizio, non è, anch'essa, che una conseguenza del solito principio: che, quando nel processo il convenuto agisce a mezzo di rappresentante, ossia, *quando si ha non coincidenza tra il destinatario dell'interesse processuale e il portatore della volontà che l'attua, è alla persona del portatore della volontà, ossia a chi agisce in giudizio come rappresentante, che deve essere diretto l'ordine dell'uscire, contenuto nella citazione, di comparire davanti al giudice*. Ora, se questo principio è riconosciuto ed applicato per ciò che riguarda la rinnovazione della citazione, perchè non dovrà essere riconosciuto ed applicato per ciò che riguarda la persona a cui deve essere, per la prima volta, diretta la citazione? Qui non si tratta di discutere, più o meno proficuamente, sul significato della parola «parte» con cui l'art. 332 designa il rappresentante: si tratta di vedere se nell'art. 332 è stato riconosciuto, sì o no, quell'identico principio, da cui discende anche, per logica conseguenza, la necessità dell'indicazione del rappresentante nel corpo della citazione diretta contro una società commerciale.

b) Tutto ciò che abbiamo premesso ci renderà assai facile la soluzione dell'altro problema: se occorra l'indicazione del nome del rappresentante quando si tratta di atti processuali fatti *ad istanza* di una società, cioè *in seguito* ad una dichiarazione di volontà della società (es. *citazione*) o, addirittura, di atti processuali, cioè di dichiarazione di volontà della società *comunicati* all'altra parte (es.: *compare*). La questione è, come si comprende, specialmente importante per la citazione: atto d'uscire, fatto *ad istanza* di una società.

Qui bisogna ricordare ciò che è stato più volte ripetuto, che le dichiarazioni di volontà emesse in nome della società *sono atti di volontà del rappresentante*, donde la necessità che l'altra parte, rispetto a cui, indirettamente, questi atti producono importanti effetti processuali, sia messa in grado di stabilire se colui che emise quelle dichiarazioni di volontà era veramente rappresentante e se agì nei limiti dei poteri conferitigli. È vero che nessuna precisa disposizione di legge ciò stabilisce; ma l'indicazione del rappresentante negli atti fatti in nome di una società è imposta dalla natura stessa della rappresentanza nel processo e dei rapporti processuali. Nè mancano, del resto, disposizioni legislative, che, indirettamente, confermano questo principio.

Anche qui serve, per la nostra tesi, la disposizione dello art. 332. Quest'articolo, stabilendo la necessità della rinnovazione della citazione quando il rappresentante dell'attore cessa dall'ufficio per cui doveva comparire in giudizio, riconosce quel principio: *che quando si agisce in giudizio a mezzo di rappresentante, ossia, quando vi è non coincidenza tra il destinatario dell'interesse processuale e il portatore della volontà che lo prosegue, bisogna far conoscere all'altra parte chi è il subietto fisico, che, colla sua volontà, attua un interesse processuale altrui*. E il principio, riconosciuto per un caso, deve valere per tutti i casi analoghi.

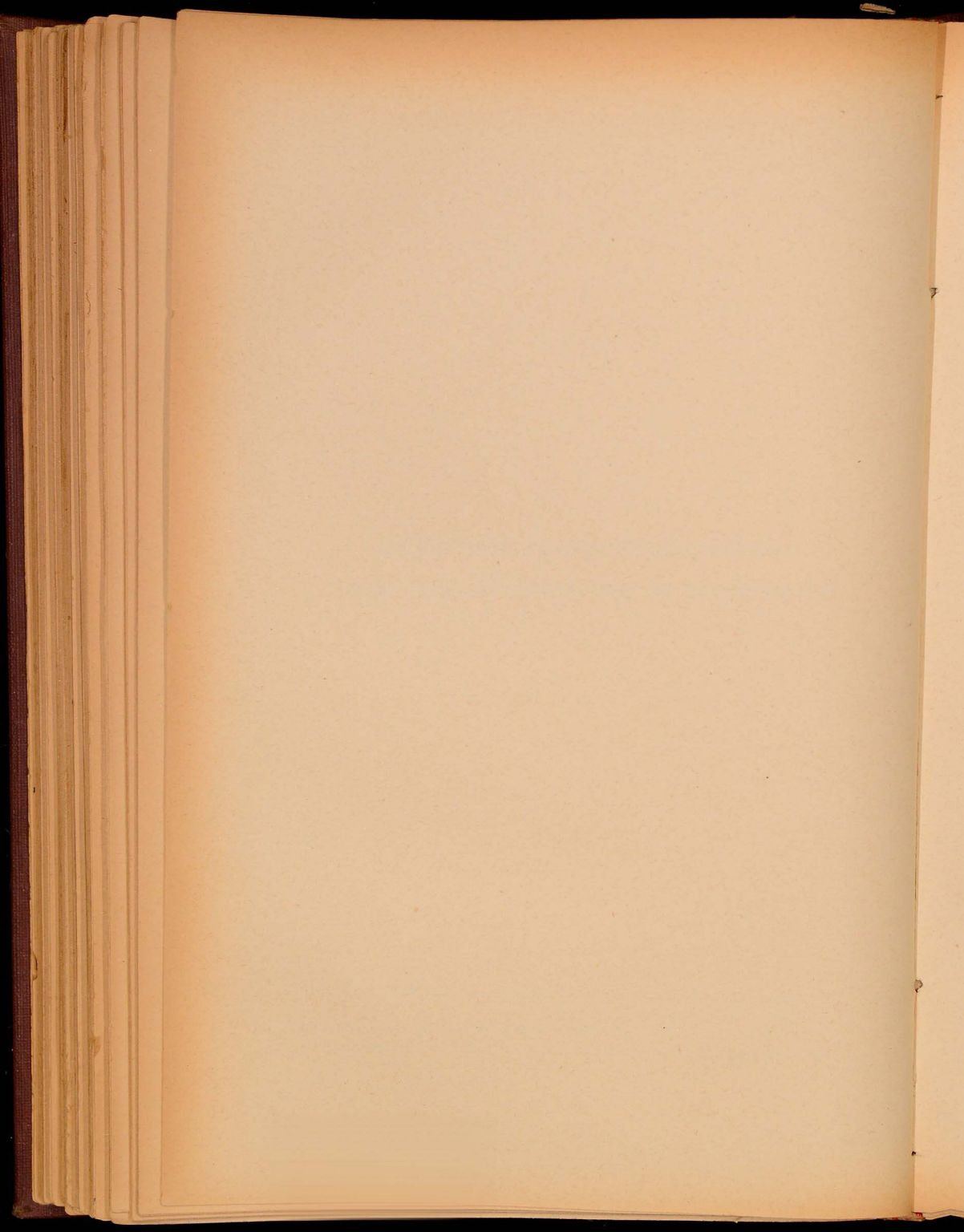
Finora siamo sempre partiti dal concetto che le società commerciali *siano persone giuridiche*. Ma anche negando loro tale personalità, non si può giungere a conclusione diversa. Se anche il rappresentante della società non rappresenta la persona giuridica «società», subietto di diritti a sè, ma i *singoli soci*, poichè si ha egualmente un caso di *non coincidenza tra il destinatario* (e, nel caso nostro, i destinatari) *dell'interesse processuale e il portatore della volontà diretta ad attuarlo*, sempre ne derivano le due conseguenze: *a)* che il comando dello Stato deve essere diretto al subietto fisico che ha *facoltà e possibilità* d'eseguirlo, ossia al portatore della volontà (rappresentante); *b)* che colui, il quale riceve un co-

mando dello Stato, provocato da dichiarazione di volontà del rappresentante di una società, o anche, semplicemente, abbia *comunicazione* d'una dichiarazione di volontà del rappresentante, dalla quale possono derivare effetti giuridici processuali a suo carico, deve esser messo in grado di valutare se quella dichiarazione poteva venir legalmente emessa da chi si qualificò come rappresentante.

I FONDATORI DI SOCIETÀ COMMERCIALI
E L'ARTICOLO 127 DEL CODICE DI COMMERCIO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1907. Nota alla sentenza 25 febbraio 1907 della Corte d'appello di Torino, la quale decise:

« Promotori, ai sensi ed agli effetti dell'art. 127 cod. di comm., sono da considerarsi, nel caso di costituzione simultanea, tutti i soci fondatori ».



I lettori della *Rivista di dir. comm.* conoscono i precedenti della elegante questione risolta dalla Corte d'Appello di Torino. Si trattava di vedere se fosse applicabile a fondatori di una società anonima, in caso di costituzione simultanea, il divieto dell'art. 127 cod. comm., per cui « nella costituzione della società i promotori non possono riservare a loro profitto alcun premio, aggio o beneficio particolare, rappresentato in qualsiasi forma da prelevamento, da azioni o da obbligazioni di favore, nè concedere commissioni a favore di chi avesse garantito od assunto il collocamento delle azioni ».

Il Tribunale di Torino, con la sentenza 6 luglio 1906 (*Rivista di dir. comm.*, 1906, II, 371) si era pronunziato a favore della interpretazione più lata dell'art. 127, ossia per la sua applicabilità qualunque fosse la forma di costituzione della società, e a tutti coloro che parteciparono alla costituzione della società, e dello stesso avviso si manifestò il Vivante (*Rivista di dir. comm.*, 1906, I, 470 e segg.). Lo Sraffa invece (*Rivista di dir. comm.*, 1906, I, 274) aveva propugnato una interpretazione più restrittiva dell'art. 127, sostenendo che, secondo il letterale tenore e lo spirito di questa disposizione di legge, il divieto dovesse riferirsi ai *promotori* e non ai *fondatori*.

Il nocciolo del ragionamento con cui si sosteneva la inapplicabilità dell'art. 127 ai *fondatori*, vale a dire ai soci origi-

nari della società, era il seguente. Scopo dell'art. 127 è quello di evitare che i promotori di società per azioni si facciano pagare troppo lautamente dagli azionisti sul patrimonio della società l'opera prestata per costituirla; l'art. 127 presuppone dunque che vi siano, nella costituzione della società, in opposizione di interessi, due gruppi di persone: i promotori, e i semplici sottoscrittori; quelli di cui la legge diffida, questi a cui la legge vuole accordare una tutela contro la propria debolezza, salvaguardando così il patrimonio sociale. L'art. 127 si applica dunque solo ai *promotori*, cioè a coloro che hanno preparato l'affare, non ai *fondatori*, cioè ai primi azionisti della società. Quando promotori non vi sono, l'art. 127 non trova campo di applicazione. Ma l'esistenza di promotori nella costituzione di una società presuppone sempre che vi siano dei non promotori, perchè il concetto di promotore è di quelli che non ricevono rilevanza che dalla contrapposizione in cui lo si ponga con un altro concetto. Quindi, nella costituzione di una società non è concepibile che tutti i sottoscrittori siano promotori, ma sono tutti semplicemente *fondatori* o azionisti originari di una società per azioni (Sraffa, *op. cit.*, pag. 274, 275).

A questo ragionamento il Vivante opponeva non essere esatto che nella costituzione simultanea non vi sono promotori, giacchè se è vero che la figura del promotore è giuridicamente possibile ed operativa, in quanto le stiano di fronte degli altri subietti di diritto, è vero altresì che tali subietti possono essere non solo azionisti forniti di diritti opposti a quelli dei promotori, ma anche altre categorie di interessati, come i creditori, gli amministratori presenti e futuri, i futuri azionisti, il Pubblico Ministero, quale difensore dell'ordine pubblico. Quindi — concludeva il Vivante — non si può ammettere che la figura dei promotori venga meno per difetto di contrapposto, quando non concorrono nell'atto costitutivo dei semplici azionisti, come accade nella costituzione simultanea di una società per azioni, ove tutti i promotori sono pure azionisti (Vivante, *op. cit.*, pag. 472).

La Corte d'Appello di Torino segue fedelmente il Vivante, e ne diluisce le argomentazioni in lunghe pagine colle quali con molta cura e copia di richiami tende a dimostrare: che l'art. 127 non si riferisce solo al caso di costituzione successiva, bensì anche a quello di costituzione simultanea; che possono benissimo tutti indistintamente i sottoscrittori dell'atto sociale essere promotori, che, quindi, è inattendibile la distinzione tra *promotori* e *fondatori* e agli uni e agli altri è applicabile il divieto dell'art. 127.

La tesi, che l'art. 127 non trovi affatto applicazione nel caso di costituzione simultanea perchè nel caso di costituzione simultanea non vi sono promotori, è evidentemente troppo assoluta, e su questo punto ha ragione il Vivante e con esso, la Corte di Torino, che per dimostrarlo raccoglie una gran quantità di argomenti buoni e cattivi. A dire il vero lo Sraffa non aveva manifestato, in modo esplicito, una tale opinione, per quanto alcune frasi del suo scritto possano far dubitare che egli, implicitamente, abbia voluto accennarvi. Comunque sia del concetto dello Sraffa, è certo che anche nella costituzione simultanea possono esservi promotori, e normalmente vi sono, giacchè, come nota giustamente il Vivante (pag. 471), anche in questa forma di costituzione una iniziativa ci deve essere. Infatti è pur sempre necessario un programma tecnico e finanziario, che serva di base alla ricerca delle sottoscrizioni; il lavoro di ricerca dei sottoscrittori se è meno esteso, per il minor numero di aderenti che occorre reclutare, è per converso più intenso e più arduo, perchè più ingente è il capitale che ciascuno di essi sottoscrive.

Ma se è vero, che anche nella costituzione simultanea possono esservi, e vi sono normalmente, promotori, non è punto vero che in essa tutti i soci originari, ossia tutti i fondatori, debbano considerarsi come promotori. In ciò ha pienamente ragione lo Sraffa, quando osserva che nel concetto stesso di *promotore* è insita la contrapposizione con chi promotore non sia, e sia anzi il soggetto passivo dell'attività spiegata dal promotore. Come dicono lo stesso significato letterale e la

stessa derivazione etimologica delle parole, *promuovere*, *promotore* implicano lo spiegamento di una attività diretta ad indurre altri a fare qualche cosa per uno scopo determinato. Non vi possono essere perciò promotori se non vi sono altre persone, sulle quali l'azione dei promotori si eserciti. Spiegare un'attività per convincere se stesso, per indurre se stesso a fare una cosa è un'assurdo: e tanto basta per escludere che tutti i soci originari di una società possano esserne stati i promotori. Non che — intendiamoci — non sia pensabile che l'iniziativa sia partita proprio da coloro che effettivamente costituirono la società: in questo caso, sia pur raro, ma possibile, non vi fu bisogno di promotori, e quindi nessuno può considerarsi come promotore.

Il Vivante non ha bene inteso questa contrapposizione, che è una contrapposizione tutta di *fatto*, e non giuridica. Ricordando, che di fronte ai promotori, oltre gli azionisti semplici, vi sono altri subbietti di diritti, ha portato la questione su un altro campo. Certo, quando i promotori vi sono, poichè ad essi incombono obblighi e responsabilità, e gli uni e le altre hanno verso varie categorie di persone, essi si contrappongono, quali subbietti di rapporti giuridici, ad altri vari subbietti di diritto. Ma ciò riguarda la posizione giuridica del promotore, e quindi, presuppone che, *in fatto* un promotore ci sia, a cui la legge possa riconoscere una data qualità giuridica, ossia investirlo di un certo numero di particolari diritti e doveri. Il diritto — è noto — non crea dal nulla i rapporti giuridici, ma opera sempre riconnettendo a un determinato *fatto* o a una determinata *posizione di fatto*, determinati effetti giuridici. Ora perchè vi sia la figura *giuridica* del promotore, occorre che vi sia *in fatto*, un promotore. E perchè in fatto vi sia un promotore, bisogna che vi sia chi persuade e chi si lasci persuadere, chi agisca e chi subisca l'azione. Solo allora, chi ha agito assumerà, anche giuridicamente, la veste di *promotore*, cioè diverrà titolare di doveri e di diritti verso molteplici subbietti che saranno, sia coloro rispetto ai quali egli ha esercitato il suo ufficio, sia

anche una, quantità di altre persone presenti e future. Ma quella situazione *di fatto*, è, di fronte alla situazione giuridica, il *prius* logico senza di che questa non potrebbe sussistere.

Adunque, anche nella costituzione simultanea *possono* esservi promotori, ma non è detto punto che *tutti* i fondatori siano da considerarsi come promotori.

Se promotori vi sono stati, secondo quanto si è fin qui detto, due ipotesi sono possibili. O i promotori non partecipano, come soci, alla costituzione della società, e allora, ad essi sarà pienamente applicabile il disposto dell'art. 127. Oppure, essi contribuirono come soci fondatori, alla costituzione della società, in modo da rivestire la duplice qualità di *promotori* e di *soci* e allora sorge la questione, se la qualità di socio assunta dal promotore impedisca che egli possa andar soggetto al divieto dell'art. 127.

Lo Sraffa ha in modo inconfutabile dimostrato che il divieto dell'art. 127 non può colpire i soci *come tali*. Sarebbe inutile, applicata ai soci, la disposizione dell'articolo, in quanto vieta le prelevazioni sul capitale sociale, perchè i soci, come conseguenza del loro obbligo di *conferire* il capitale, hanno anche quello di *mantenere* i conferimenti fatti. Sarebbe poi assurda, riferita ai soci, la disposizione stessa, in quanto vieta di regola, e permette solo eccezionalmente e in modo limitato, di fare prelevamenti sugli utili, perchè la distribuzione, tra i soci, di ciò che costituisce utile è appunto lo scopo fondamentale del contratto di società (Sraffa, pagina 275).

Riteniamo, quindi, per certo che l'art. 127 non sia applicabile ai *soci*. Ma basterà ciò a far concludere che la qualità di socio assunta dal promotore lo copre in modo da permettergli i prelevamenti sul capitale e sugli utili vietati dall'art. 127? In verità, non ci sembra. I prelevamenti sul capitale, intanto, sono vietati anche ai semplici soci, quindi *a fortiori* al promotore-socio. I prelevamenti sugli utili sono bensì un diritto dei soci, ma dei soci *come tali* e *perchè tali*.

Il giorno in cui il socio perde questa qualità, vien meno in lui il diritto agli utili. Al socio *come tale* potrà dunque riservarsi il diritto agli utili in qualunque misura. Al promotore *come tale*, no, perchè il divieto dell'art. 127 evidentemente lo colpisce. Quando le due qualità di promotore e di socio sono unite nella stessa persona, il promotore-socio potrà, *come socio*, farsi attribuire quella parte di utili che non potrebbe *come promotore*; ma, venuta meno in lui la qualità di socio, egli, restato semplice promotore, non potrà invocare un diritto che, come promotore, non gli è mai spettato.

Lo Sraffa (l. c. pag. 276) obietta che ammessa la validità del prelevamento stabilito a favore del promotore-socio, non si può negarla per la sola circostanza che il promotore ha perduto la qualità di socio; stabilendo che il diritto agli utili debba necessariamente accompagnare l'azione, si crea un nuovo divieto, che non ha base in nessuna disposizione di legge. Ma, ci sembra, non si tratta di creare alcun divieto. Il divieto che c'è, è uno solo: quello imposto al promotore *come tale*; finchè il promotore è anche azionista, egli godrà del diritto come azionista. Perduta questa qualità, quella di promotore non può dargli alcun diritto.

Lo Sraffa obietta ancora che così si viene a negare validità anche ai patti successivi, con cui il promotore-azionista, nel cedere l'azione, si riservi quei diritti speciali. Ma ciò non è. Il promotore-azionista che si riservi quei diritti ne godrà non come promotore, ma in base al contratto di trasferimento del titolo, stipulato da lui, *come azionista*.

Per conseguenza, ci sembra che al promotore-socio il divieto dell'art. 127 si applichi *come promotore*, ma non si applichi *come socio*, e *perchè socio*. Come socio, e finchè conserva la qualità di socio, nulla vieta che a suo favore siano stabiliti prelevamenti sugli utili.

Nel caso di costituzione simultanea, non dovendosi tutti i fondatori, solo perchè tali, considerare promotori, ma potendo rivestire tale qualità solo *alcuno* di essi o anche *nessuno* di essi, spetta a coloro che hanno *interesse* a provare la

qualità di promotori, cioè a coloro che sostengono la nullità dei patti, contrari all'art. 127, il dimostrare che *taluno* dei fondatori è anche promotore. In questa parte la sentenza della Corte di Torino è profondamente errata; errata la premessa tacita di tutto il ragionamento: che nella costituzione simultanea tutti i fondatori siano promotori: assurda la conseguenza che possa darsi il caso in cui vi siano solo promotori e non sottoscrittori, che è quanto dire che vi siano persone che ne trascinano altre, ma non altre che ne siano trascinate! Nella specie decisa dalla Corte di Torino avrà potuto darsi benissimo che i fondatori della società fossero anche promotori: io non ho dati sufficienti nè per ammetterlo, nè per negarlo. Ma questa particolare qualità di *promotore* doveva essere dimostrata, e non desunta dalla semplice qualità di *fondatore*, con cui non è punto necessariamente connessa.

L'ARTICOLO 127 DEL CODICE DI COMMERCIO
ED IL DIVIETO IVI SANZIONATO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1909. Nota alla sentenza 18 maggio 1908 della Corte d'appello di Napoli, la quale decise:

« Il divieto di cui all'art. 127 cod. comm. non è applicabile al caso in cui il promotore di una società commerciale, per aver fatto a questa acquistare una azienda, abbia ricevuto da un terzo un determinato compenso che non gravò in alcun modo sul patrimonio della costituenda società.

« L'amministratore di una società, il quale avendo interesse contrario a quello della società stessa, ha preso parte alla deliberazione del consiglio ed ha approvata e consentita l'operazione con la medesima deliberata, deve risarcire alla società le perdite che questa ha subito ».

Il caso è molto interessante e non isolato. Si costituisce una società con lo scopo di acquistare ed esercitare un'azienda: i promotori si fanno promettere dal proprietario di questa un premio, da prelevarsi sul prezzo della medesima quando sarà pagato, a società costituita e ad affare concluso. Costituita la società, la vendita è stipulata, coll'intervento degli stessi promotori divenuti amministratori della società, e il premio è incassato. Si dimanda: tutto ciò rientra nell'ipotesi fatta dall'art. 127 cod. comm. ed è colpito dal divieto ivi sanzionato?

La Corte d'Appello di Napoli risponde negativamente, e bisogna confessare che, a primo aspetto, sembra proprio che si sia fuori dei termini dell'art. 127 cod. di commercio.

L'art. 127, è noto, stabilisce, dichiarando nullo ogni patto in contrario, che « nella costituzione della società i promotori non possono riservare a loro profitto alcun premio, aggio o beneficio particolare rappresentato in qualsiasi forma da prelevamenti, da azioni o da obbligazioni di favore, nè concedere commissioni a favore di chi avesse garantito od assunto il collocamento delle azioni ».

Il patto, stipulato fra un promotore e un terzo, di prelevare a favore del primo una parte del prezzo di una cosa da vendersi alla costituenda società sembrerebbe dover sfuggire al divieto dell'art. 127 sostanzialmente per tre ragioni: 1° per-

chè il prelevamento non fu fatto sui beni della società, ma sul prezzo, spettante a un terzo, di una cosa acquistata dalla società; 2° perchè il patto, di cui è questione, non fu stipulato fra i promotori e i primi sottoscrittori del capitale sociale, o tra i promotori e la società, ma tra i promotori e un terzo; 3° perchè il prelevamento non avvenne *nella costituzione della società*, ma posteriormente, a società costituita.

Ma, chi ben consideri, nessuna di queste ragioni è decisiva.

L'art. 127 costituisce una *difesa dell'attivo sociale* (non del solo *capitale sociale*, ma anche degli utili, che non possono essere attribuiti ai promotori se non nei limiti dell'art. 127 cap.) *stabilita a favore della società contro i promotori*. Il fondamento della disposizione è semplice e fu già da altri messo in rilievo: tutelare la società, e con essa, gli azionisti contro l'opera di coloro, i quali avendo preso l'iniziativa ed essendosi adoperati per la ricerca del capitale sociale e la costituzione della società, si prevalgono della loro posizione per avvantaggiarsi a danno della società (cf. Navarrini, *Commento*, n. 282; Sraffa, nella *Rivista di dir. comm.* 1906, I, 274; Vivante, nella *Rivista di dir. comm.* 1906, I, 470). La legge stabilisce i *limiti*, entro i quali questi vantaggi sono leciti (articolo 127 cap.): dichiara illeciti tutti gli altri vantaggi e colpisce di nullità i patti, che li riservino ai promotori: la nullità, s'intende, è *relativa*, ed è stabilita a favore della società.

Da ciò consegue una verità, che non fu, forse, finora, sufficientemente messa in luce: l'art. 127 dichiara *illeciti tutti gli atti dei promotori coi quali questi procurano a sè e ad altri vantaggi a danno della società, ossia con diminuzione dell'attivo sociale*, fuori dei casi dell'art. 127 cap. 2°. Normalmente tali atti consisteranno in *patti* stipulati coi sottoscrittori o con la società per la concessione di premi, prelevamenti, azioni od obbligazioni di favore. Tali patti, per espressa disposizione dell'articolo 127 cap. 1° sono nulli. Ma l'art. 127 princ. dispone generalmente vietando ogni forma di *beneficio particolare*, co-

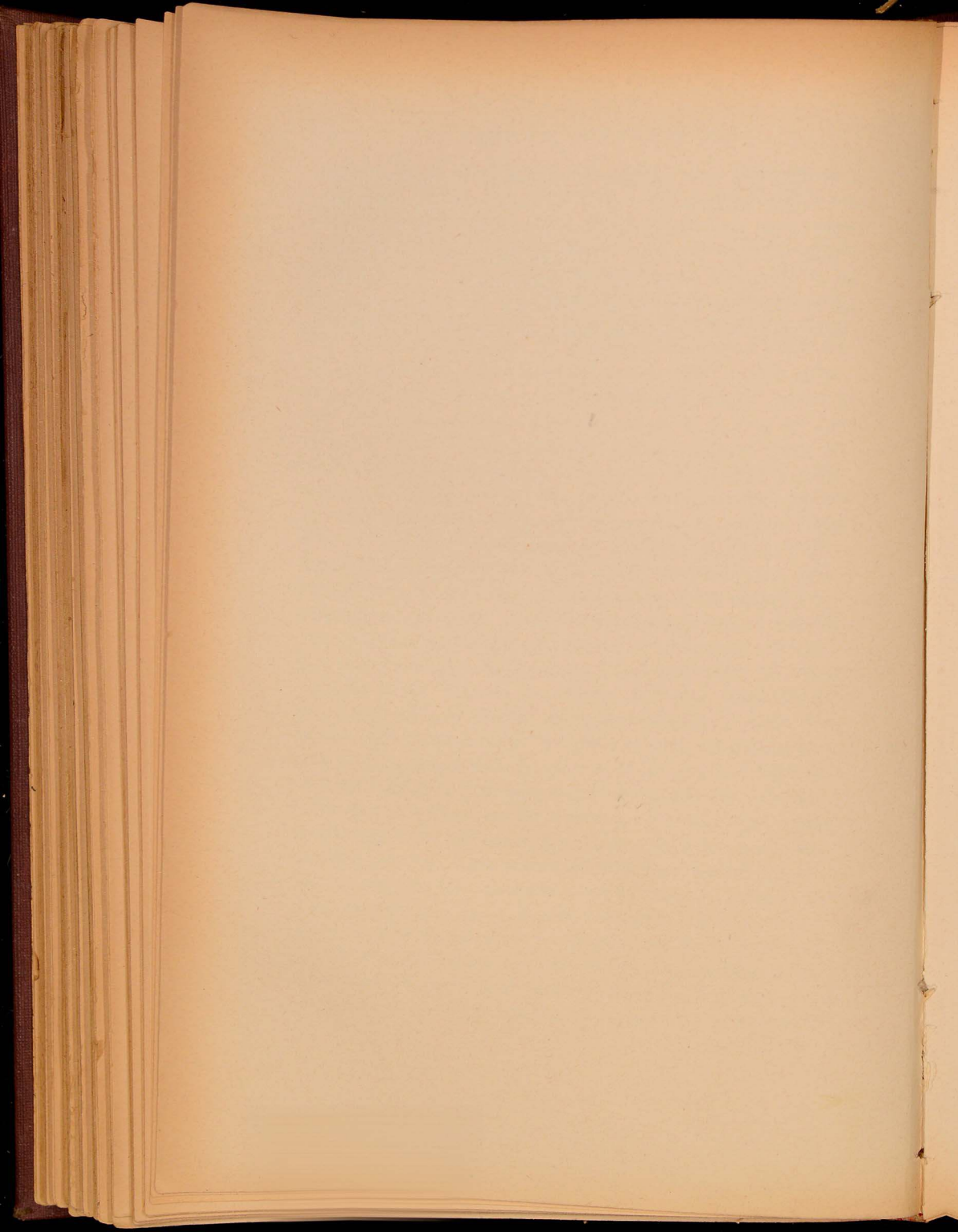
munque procuratosi dai promotori. E perciò, anche quando il beneficio non risulti da un *patto* stipulato dai promotori coi sottoscrittori, o con la società, ma sia stato in altro modo, effettivamente procurato dai promotori, deve ritenersi ugualmente illecito. La nullità dei patti contrari al divieto dell'articolo 127 princ. è una delle conseguenze, non l'unica conseguenza del divieto.

Ciò posto, non può dirsi decisiva la circostanza che il beneficio risulti da un patto stipulato tra il promotore e un terzo, e sia stato ottenuto mediante prelevamento sul prezzo dovuto dalla società al terzo. Lo spediente di trattare con un terzo, destinato a vendere qualche cosa alla costituenda società, anzichè coi sottoscrittori o coll'assemblea, non basta a superare lo scoglio dell'art. 127 princ. che non colpisce già solo il *patto con cui il beneficio si concede*, ma il beneficio stesso, comunque ottenuto dai promotori. Basta che un beneficio vi sia stato con danno della società, ossia con diminuzione dell'attivo sociale, perchè la norma dell'art. 127 princ. si applichi. Certo, se, in qualche caso, siano stati conseguiti vantaggi dai promotori senza diminuzione dell'attivo sociale, cioè solo a carico di terzi, il principio dell'art. 127 non può trovare applicazione (così appunto nel caso deciso dalla Cassazione di Torino, con sentenza 30 maggio 1905, *Rivista di dir. comm.*, 1905, II, 347). Ma quando, come è certamente nella specie sottoposta all'esame della Corte di Napoli, il vantaggio ottenuto dal terzo, è, in sostanza, ottenuto *a danno della società, con diminuzione del patrimonio sociale*, si è perfettamente nei termini dell'art. 127. Se il venditore acconsenti a rilasciare a favore del promotore un così forte prelevamento (il 16 %) sul prezzo dell'azienda venduta alla società, ciò significa che egli, in realtà, avrebbe potuto vendere e avrebbe venduto ad un prezzo di altrettanto inferiore: ciò che fu guadagnato dal promotore fu perduto dalla società; il prelevamento, in sostanza, fu fatto sull'attivo sociale. La forma ingegnosa e indiretta adoperata per frodare la legge, non deve trarre in inganno il magistrato.

Resta ora ad esaminare l'altro punto: se il prelevamento fu fatto nel periodo, in cui, per l'art. 127, è vietata l'attribuzione dei benefici particolari ai promotori.

Per l'art. 127 « *nella costituzione della società i promotori non possono riservare a loro profitto alcun premio, aggio o beneficio particolare, ecc.* ». Il divieto appare dunque limitato al periodo della costituzione. E si capisce. Come osserva benissimo lo Sraffa (*I fondatori di società anonime e l'art. 127 cod. di comm. nella Rivista di dir. comm.*, 1906, I, 275), posteriormente alla costituzione della società « è sempre lecito ai soci il fare prelevamento a favore proprio o di terzi sul patrimonio sociale e sugli utili che questo produce, perchè si rientra nel diritto comune e la persona giuridica può disporre come crede del suo patrimonio ». Il divieto dell'art. 127 avendo per fondamento il pericolo che i promotori si valgano della loro posizione preponderante per procurare a sè medesimi vantaggi a danno degli azionisti e della società, è ben naturale che esso venga meno quando il pericolo è scomparso, ossia quando l'opera dei promotori è finita, e la società dispone liberamente, a mezzo dei suoi organi normali, di sè e del proprio patrimonio. Ecco in che senso il divieto dell'art. 127 trova una limitazione. Ma solo in tal senso. Il divieto cessa quando gli azionisti si sono liberati dall'influenza dei promotori, e in quanto se ne sono liberati. Ma tutto ciò che sia stato preparato durante questo periodo cade sotto le sanzioni dell'articolo 127. Questo articolo concerne tutti coloro che si adoperarono per la costituzione della società, vi abbiano poi o non partecipato come soci (*promotori*), e li colpisce in quanto essi abbiano *come tali*, ossia valendosi della loro qualità di promotori, ottenuto un vantaggio a danno della costituenda società. Non importa che l'effettivo conseguimento del vantaggio sia posteriore alla costituzione della società: l'art. 127 non intende stabilire periodi con termini rigorosi. È sufficiente che il beneficio sia ottenuto *in dipendenza dell'opera prestata come promotore*: il nesso causale tra il vantaggio e la qualità di

promotore è il solo decisivo. Ora quando — come nella specie — risulta che il premio fu col futuro venditore stipulato *prima* della costituzione della società, e che la società fu costituita appunto per farle fare l'acquisto progettato, è chiaro che il vantaggio fu ottenuto dal promotore proprio in questa sua qualità e in dipendenza del lavoro fatto per la costituzione della società anonima, che venne poi danneggiata.



LA CONVALESCENZA DEI NEGOZI GIURIDICI
E L'ARTICOLO 137 DEL CODICE DI COMMERCIO *

* *Rivista di Diritto commerciale*, 1910. Nota alla sentenza 15 giugno 1909 del Tribunale di Torino, il quale decise:

« La nullità comminata dall'art. 137 cod. comm. ha luogo non solo quando l'acquirente delle azioni sia un terzo, ma anche quando sia uno dei sottoscrittori delle azioni.

« Tale nullità è relativa e perciò suscettibile di conferma o ratifica a termini dell'art. 1309 cod. civile.

« L'esecuzione della vendita nulla, se non vale come ratifica, non vale neppure come rinnovazione del contratto ».

I principii posti nella sentenza che annotiamo sono singolarmente importanti, non solo per la interpretazione dell'articolo 137 cod. comm., ma per tutta la dottrina della convalescenza dei negozi invalidi. In sostanza, il Tribunale di Torino ha affermato: 1° che la nullità comminata nell'art. 137 è una nullità relativa e, come tale, suscettibile di conferma o ratifica, a termini dell'art. 1309 cod. civ.; 2° che l'esecuzione di un negozio nullo, se non vale come conferma o ratifica, non può importare neppure costituzione di un nuovo negozio dell'identico contenuto. Noi conveniamo nel primo assunto (la dimostrazione scientifica del quale è stata data in modo esauriente dal Vivante, nella *Rivista di dir. comm.*, 1909, II, 504 e seg.). Non conveniamo poi affatto nel secondo. Le seguenti brevi osservazioni varranno a giustificare il nostro parziale dissenso.

Nel negozio giuridico la dichiarazione privata di volontà è la condizione da cui il diritto obiettivo fa dipendere l'entrata in vigore o il venir meno di taluni suoi imperativi, e, per tal modo, il prodursi di un determinato mutamento nei rapporti giuridici privati (cfr. Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Weimar, 1878, pag. 327 e seg. e specialmente pag. 358-360). Qui, come dovunque nel campo del diritto, quello che effettivamente opera è l'ordinamento giuridico; il mutamento nei rapporti giuridici è prodotto direttamente dagli impera-

tivi entrati in vigore e solo mediatamente dalla volontà privata che causò, per concessione dell'ordinamento giuridico, quella entrata in vigore. Ma se il diritto riconosce tale efficacia alla volontà privata, ciò avviene a patto che la volontà stessa risponde a requisiti stabiliti dal diritto. Se taluno di questi requisiti manchi, la condizione a cui è legata l'entrata in vigore o la cessazione degli imperativi, vien meno; la conseguenza logica di ciò è che tutto rimanga allo *statu quo* e che nessun mutamento nei rapporti giuridici abbia più luogo. In tal caso la dichiarazione di volontà si dice *invalida*, s'intende *dal punto di vista del diritto*. Invalidità del negozio giuridico non è perciò inesistenza del negozio come atto volontario (benchè possa anche dipendere da tale inesistenza, per es. in caso di *vis absoluta*), ma *inefficacia giuridica* del negozio, inettitudine del negozio a produrre effetti giuridici (su ciò cfr. da ultimo Leonhard, *Der Irrthum als Ursache nichtiger Verträge*, 2^a. Aufl. Breslau, 1907, pag. 4-6). La invalidità della dichiarazione di volontà può (secondo una distinzione ormai accettata) assumere due forme principali. Può il diritto rifiutare immediatamente ogni riconoscimento alla dichiarazione viziata, che rimane, pertanto, immediatamente senza effetto. Può invece il diritto far dipendere tale riconoscimento da un atto di volontà di colui che è gravato dall'effetto giuridico. Nel primo caso il negozio è *nullo*; nel secondo è semplicemente *annullabile* o *impugnabile* (cfr. su questa distinzione, a cui taluno sostituisce l'altra, equivalente, fra negozi *inesistenti* o negozi *nulli*, Cannada Bartoli, *La ratifica*, Napoli, 1885, pag. 32 e seg.; Ferrarini, *L'invalidità degli atti giuridici*, Modena, 1892, pag. 21 e seg.; Bertolini, *La ratifica*, II, pag. 21 e segg.; F. S. Bianchi, *Tratt. di dir. civ.*, I, pagine 526 e seg.; Barassi, *La ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898, pag. 159 e seg.; Chironi e Abello, *Tratt. di dir. civ.*, Torino, 1904, I, pag. 77 e seg.; Arndts-Serafini, *Pandette*, I, pag. 275 e seg.; Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, I, pag. 926; Ferrini, *Pandette*, n. 156; Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoia,

VIII, pag. 611-612; Windscheid-Kipp, *Pandekten*, I, § 83; Hasenhörl, *Das österreichische Obligationenrecht*, Wien, 1892-1899, I, pag. 692-696; Zachariae Crome, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Freiburg, 1894-1896, I, pag. 353, n. 3, ecc.).

Nella dottrina della invalidità dei negozi giuridici, il problema che qui ci interessa, è quello della *convalescenza* dei negozi invalidi. Se l'inefficacia giuridica, attuale o eventuale, della dichiarazione di volontà, dipende da ciò che la dichiarazione stessa non risponde alle esigenze dell'ordinamento giuridico, quale influenza avrà la regolarizzazione posteriore della dichiarazione sulla sua efficacia giuridica? A questo proposito si fa da taluni una distinzione recisa tra negozi nulli e negozi annullabili, negando in ogni caso la convalescenza dei primi ed ammettendo solo la convalescenza dei secondi. La distinzione, così enunciata, non ci sembra assolutamente esatta.

In un certo senso, è indubbiamente vero che la convalidazione posteriore di una dichiarazione di volontà giuridicamente difettosa, non è concepibile. Sotto questo punto di vista, a voler essere rigorosi, non si dovrebbe parlare di convalescenza, nè riguardo ai negozi nulli, nè riguardo a quelli annullabili. La dichiarazione di volontà è quella che è, al momento in cui viene formata. Essa costituisce un tutto unico, i cui singoli elementi, se si possono considerare separatamente per comodità di studio e di analisi, sono, in realtà, inscindibili: una dichiarazione di volontà senza un soggetto capace di atti volitivi che la formi o senza un processo psicologico interno che la determini, o senza un atto esterno che la manifesti, o senza un contenuto, in cui la facoltà di volere si concreti, non è concepibile. Tutti questi elementi inseparabili, che costituiscono la dichiarazione di volontà, sono anche quelli che la individuano, e, come debbono sussistere tutti al momento in cui la dichiarazione è formata, così essi fanno la dichiarazione quella che è, perfetta o difettosa. Possono, in seguito, venir meno le cause che produssero la formazione di una dichiarazione difettosa, ma non per questo vien meno il

fatto che la dichiarazione fu formata in modo difettoso. E poichè la dichiarazione di volontà non è una cosa del mondo esterno, che possa essere diversamente plasmata e trasformata, ma è un *fatto umano*, e perciò essenzialmente transeunte, indistruttibile e immodificabile, non sarà neppur possibile una correzione della dichiarazione da parte del dichiarante; questo potrà bensì emettere una *nuova* dichiarazione dell'identico contenuto, ma non modificare l'antica. Non solo dal punto di vista storico, ma anche dal punto di vista logico, sarebbe dunque giustificato il concetto romano della « concentrazione del negozio giuridico », così bene messo in luce dallo Jhering (*Geist des röm. Rechts*, III, pag. 143 e seg.).

Ma se non si può parlare di una convalidazione successiva, nel senso di una correzione della dichiarazione di volontà difettosa, e ciò qualunque sia la natura e la portata del difetto, è ammissibilissimo d'altro canto che una dichiarazione difettosa, e perciò giuridicamente inefficace, possa, per un fatto posteriore, acquistare efficacia giuridica. In questo caso la dichiarazione rimane quello che era, ma il diritto vi ricollega ugualmente effetti giuridici *come se* fosse stata formata in modo perfettamente regolare e scevra di vizi. Il fatto posteriore sana il difetto del negozio nel senso che rende giuridicamente efficace anche il negozio difettoso. Ora in questo senso è possibile così la convalidazione di un negozio nullo, come quella di un negozio annullabile.

Nel negozio annullabile la cosa sicuramente è più facile a ottenersi. Poichè qui la dichiarazione difettosa ha ugualmente efficacia giuridica, finchè non intervenga un atto di volontà dell'interessato che la faccia venir meno, basta che si renda impossibile questo atto di volontà perchè il negozio diventi definitivamente efficace. È questo il caso preveduto in modo espresso dagli art. 1300, 1309 cod. civ. Se colui che può, con un atto di volontà, eliminare gli effetti giuridici del negozio, dichiara, in modo espresso o tacito, di non volersi servire di questa facoltà, la conseguenza di una tale rinuncia sarà che il negozio giuridico difettoso avrà definitivamente

efficacia giuridica *come se* difettoso non fosse. In fondo anche qui (e qualche cosa di simile nota anche il Barassi, *Ratifica*, pag. 193) si ha una specie di *finzione* giuridica. Il negozio è difettoso e resta tale: ma viene trattato sin dall'inizio come regolare; tale trattamento però è provvisorio, e non diventa definitivo che per la rinuncia dell'interessato a far valere il difetto.

Che la dichiarazione dell'interessato di non volersi prevalere dell'irregolarità del negozio sia una vera *rinuncia*, a noi sembra evidente. La distinzione che qualche scrittore (per es.: il Barassi, *op. cit.*, pag. 193-194) fa tra *ratifica* e *rinuncia* nei negozi annullabili, si basa su un concetto della conferma o ratifica, che noi abbiamo già più sopra implicitamente dimostrato inesatto. Afferma il Barassi (pag. 194) che nel diritto odierno «la ratifica investe direttamente il negozio giuridico, non è un atto che si limiti soltanto a porre da parte l'invalidità. Non ha più solo una funzione negativa, ma soprattutto positiva: convalidazione del negozio giuridico, cancellazione del vizio organico che aveva accompagnato la sua nascita; la ratifica va fin nell'intima struttura del contratto». Tutto ciò presuppone la possibilità di una *correzione* del negozio difettoso, che, abbiamo già veduto, è logicamente e psicologicamente inammissibile. La sanatoria di un negozio invalido non può significare mai cancellazione del vizio organico che ne accompagnò la nascita, ma solo eliminazione degli effetti giuridici della imperfezione, ossia appunto esclusione della invalidità. La ratifica, anche nel negozio annullabile, ha dunque di necessità proprio una funzione negativa. Anche il negozio annullabile rimane, dopo la ratifica, quello che era, cioè difettoso: la ratifica impedisce solo che il difetto produca la inefficacia giuridica del negozio. E ciò neppure in modo diretto, ma indiretto. Di per sé la ratifica non produce che la inopponibilità del difetto da parte dell'interessato, ma poichè, per aver luogo l'inefficacia occorre appunto la reazione dell'interessato, da quella inopponibilità deriva la piena efficacia del negozio. La *rinuncia* è dunque, nel negozio annullabile,

il mezzo specifico con cui si ottiene la convalescenza della dichiarazione di volontà difettosa. Se noi adoperiamo (secondo l'uso) il termine generico di «ratifica» per indicare tutti i mezzi, in generale, di convalescenza dei negozi invalidi, quello, in ispecie, con cui si ottiene la convalescenza del negozio annullabile dovrà determinarsi come una *ratifica-rinuncia*. La *conferma* (termine che si suole adoperare per la ratifica dei negozi annullabili) è, precisamente, appunto, una *ratifica-rinuncia*.

Meno agevolmente procede la cosa pei negozi nulli. Qui la rinuncia non serve più, perchè il negozio nullo è già immediatamente inefficace, e come non occorre un atto di volontà per toglierne di mezzo gli effetti, così non è concepibile una rinuncia a compiere un tale atto di volontà. Ma se non è possibile la convalidazione mediante rinuncia, ciò significa forse che non è possibile affatto la convalidazione? Questa è appunto la conclusione a cui giunsero non pochi scrittori, i quali pertanto mostrano di non ammettere che una sola specie di ratifica: la *ratifica-rinuncia*, concepibile pei negozi annullabili, e non, naturalmente, pei negozi nulli. A noi tale conclusione, dovuta a una concezione troppo angusta della ratifica, sembra del tutto inesatta. Vi sono, invero, altre specie di ratifica, oltre la ratifica-rinuncia, che possono condurre alla convalidazione anche dei negozi nulli.

Una forma particolare di ratifica si può avere in quei negozi, per la cui validità è richiesta l'esistenza di un'altra dichiarazione di volontà diretta a *completare* o *autorizzare* quella del dichiarante. La mancanza di questa dichiarazione integratrice o autorizzativa, produce la *nullità* del negozio, e non una semplice annullabilità: il negozio è immediatamente inefficace, senza che occorra punto la reazione dell'interessato. Si tratta di una categoria speciale di negozi nulli oppugnata da qualcuno in Germania, specialmente dal Brandis, *Ueber absolute und relative Nichtigkeit*, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess.*, 1834, pag. 121-155; 157-205 e dal Brinz, *Pandekten*, II, pag. 1634 e seg., 1643 e seg.: in Italia dal Ba-

rassi, *Ratifica*, pag. 170 e seg.), ma la cui esistenza, di fronte al diritto positivo, non si può mettere in dubbio. Il nome con cui si suole designarla, giacchè si parla, di solito, di negozi *relativamente nulli*, non è forse dei più appropriati, per quanto sia ormai entrato nell'uso. Non si intende, infatti, che vi sono negozi validi rispetto ad alcune persone e nulli rispetto ad altre: sotto questo punto di vista è giustificata la critica del Brandis (*op. cit.*, pag. 124 e seg.). Si dice semplicemente (e in questo senso si parla di *nullità relativa* o *rispettiva*) che vi sono negozi la cui invalidità dipende dalla mancanza del concorso, necessario, della dichiarazione di volontà di una terza persona interessata. La inefficacia del negozio, per tal modo difettoso, vale di fronte a tutti, e non alla sola persona, nel cui mancato intervento consiste il difetto; ma il vizio dipende appunto da questa determinata persona. Insomma la inefficacia è relativa, quanto alla *causa*, non quanto agli *effetti*. In questa categoria di negozi entrano tutti gli atti compiuti dal dichiarante *fuori della propria sfera giuridica*: chi dispone di un diritto altrui pone in essere certamente un negozio inefficace ed inefficace immediatamente e di fronte a tutti (Windscheid, *Pand.*, § 81, n. 3).

Sono perciò relativamente nulli i seguenti negozi: *a*) quelli coi quali, agendo in nome altrui, si dispone di un diritto altrui, senza averne facoltà (il negozio s'intende è inefficace *come tale*, ossia come avente per oggetto la disposizione di un diritto altrui sebbene possa, ad altri effetti, avere piena efficacia); *b*) i negozi, coi quali agendo in nome proprio, si dispone di un diritto altrui salvo che si risolvano nella promessa di un fatto proprio del dichiarante. Un caso interessante di negozi nulli di questa seconda categoria ci è dato dagli atti del fallito, posteriori alla dichiarazione del fallimento, i quali, a termini dell'art. 707 cod. comm., sono *nulli di pieno diritto*. Si tratta qui di una vera *nullità*, e non di una semplice *annullabilità*, perchè non occorre alcun atto di volontà per farlo valere (*nullità di diritto*): tale nullità dipende da ciò, che con la dichiarazione del fallimento i beni

del fallito sono sottratti alla sua disponibilità, e perciò nessun atto del fallito può, dopo tale dichiarazione, avere effetto vincolativo sul patrimonio soggetto all'espropriazione fallimentare, la disponibilità del quale spetta, per gli scopi della liquidazione, al curatore. Poichè dunque l'alienazione dei beni sottoposti alla procedura di esecuzione fallimentare non può essere fatta che dal curatore, nelle forme di legge, gli atti del fallito restano inefficaci, *come atti vincolativi del patrimonio*. In questo senso la inefficacia vale di fronte a tutti, perchè di fronte a tutti il patrimonio è diventato indisponibile per il fallito.

Dato dunque che il negozio relativamente nullo è inefficace, in quanto la dichiarazione di volontà è stata emessa da chi non aveva da solo il potere di farlo, è chiaro che la convalescenza del negozio si potrà avere mediante l'adesione posteriore di chi aveva il potere di disporre del diritto. È questa una seconda specie di ratifica, che differisce essenzialmente dalla ratifica dei negozi annullabili. Qui non si ha per niente una *rinuncia* da cui derivi indirettamente la convalidazione del negozio, ma una convalidazione diretta, mediante *accettazione* del fatto compiuto. Questa accettazione del negozio è, addirittura, una *assunzione in proprio* del negozio, quando il dichiarante dispose dei diritti altrui in nome proprio; è, solo, un *conferimento posteriore di poteri*, quando il dichiarante agì in nome altrui nella sfera giuridica altrui. La differenza tra la *ratifica-rinuncia* e la *ratifica-accettazione* risulta anche in un caso, in cui le due specie di ratifica sembrerebbero dover coincidere, nel caso cioè, in cui lo stesso dichiarante, divenuto, dopo il negozio, titolare del diritto, confermi ciò che aveva antecedentemente compiuto senza poteri. La convalescenza del negozio è qui opera dello stesso dichiarante, precisamente come nella ratifica-rinuncia del negozio annullabile: i due casi si potrebbero persino accomunare nella denominazione di *conferma*, com'è si suol chiamare la ratifica del *fatto proprio*. Eppure la differenza, tra il caso del negozio annullabile e quello del negozio nullo relativamente, non vien

punto meno. La ratifica del dichiarante è sempre, nel negozio annullabile, una *rinuncia* a far valere la nullità; mentre nel negozio nullo relativamente, è sempre una *accettazione* posteriore del negozio.

E veniamo finalmente al caso più difficile e che più da vicino ci interessa: quello di un negozio *assolutamente nullo*, e cioè non solo immediatamente ed incondizionatamente, ma anche definitivamente inefficace. A questo caso si riferiscono specialmente le affermazioni che di frequente si vedono ripetute, circa la impossibilità della sanatoria dei negozi nulli. Che il difetto del negozio assolutamente nullo, come tale, sia insanabile, è certo, come del resto è insanabile, *in sè*, cioè non distruggibile anche il difetto del negozio annullabile e di quello relativamente nullo. Tutto sta nel vedere se, come in queste due categorie di negozi, anche in quella dei negozi nulli assolutamente, vi sia modo di eliminare, non il vizio, ma, gli effetti giuridici del vizio, ossia di ottenere che abbia efficacia giuridica anche una dichiarazione di volontà viziata. Orbene, ciò, crediamo, può ottenersi benissimo con un procedimento analogo a quello più sopra descritto, per i negozi nulli relativamente. Anche per questa, in sostanza, la convalescenza risulta da ciò, che il concorso necessario della volontà del terzo, sopravvenuto *dopo* la perfezione del negozio giuridico, si considera *come* esistente al momento della perfezione stessa e produce effetto giuridico *come se* fosse anteriore o contemporaneo. E ciò in virtù della stessa dichiarazione di volontà del ratificante, il quale *vuole* che la sua accettazione posteriore abbia efficacia retroattiva; trattandosi di un campo, in cui il diritto obbiettivo riconosce efficacia giuridica alla volontà privata, nulla vieta che la volontà si spieghi con effetto anche per il passato, e produca effetti giuridici fin dal momento in cui fu formato il negozio imperfetto. Qualche cosa di analogo è concepibile anche per il negozio assolutamente nullo. Se colui, che ha emesso una dichiarazione di volontà viziata e quindi, inefficace, emette una nuova dichiarazione regolare e perciò pienamente efficace, e

vuole che questa sua dichiarazione valga a sanare la precedente, non vi è nessun ostacolo a che anche in questa parte la dichiarazione di volontà abbia effetto. Vale a dire, la precedente dichiarazione viziata rimane viziata e quindi inefficace, ma la nuova, valida, produce effetti, come se fosse stata emessa al momento, in cui fu emessa l'altra; la rende perciò efficace nel senso che la sostituisce e ne prende il posto. Tutto ciò è perfettamente conforme alla logica giuridica e al diritto positivo. Se l'ordinamento giuridico riconnette effetti alla volontà privata, non può negarle effetto in quanto si rivolge al passato: è questo il principio dell'autonomia della volontà, lo stesso su cui si basa la validità del negozio condizionato. Il diritto positivo riconosce espressamente la possibilità che la volontà si spieghi retroattivamente nel caso dei negozi posti in essere in nome altrui senza averne facoltà (art. 1752 cod. civ., 357 cod. comm.). Tanto basta perchè a questa possibilità, conforme non solo al diritto positivo (come riconosce il Windscheid per il diritto romano [*Pand.*, § 74 nota 6 e 83 nota]) ma anche alla logica giuridica, si attribuisce il valore di un principio generale. S'intende che l'effetto giuridico retroattivo della volontà troverà dei limiti in ciò che esso non può distruggere: diritti acquisiti dai terzi *medio tempore*; il valore della volontà nel passato non può essere maggiore di quello che sia nel presente e nell'avvenire. Siamo dunque in presenza di una terza specie di ratifica, possibile anche nei negozi assolutamente nulli (quando, è naturale, sia cessato l'ostacolo, che impediva la formazione di un negozio valido): la *ratifica-rinnovazione*. Chi emise una dichiarazione di volontà per qualunque ragione invalida, può con una posteriore dichiarazione regolare, ottenere la produzione degli stessi effetti giuridici che si sarebbero prodotti, se la prima dichiarazione fosse stata esente da vizi, e quindi, in sostanza, può ottenere la convalidazione del negozio. Non occorre che la nuova dichiarazione contenga, *da sola*, tutti i requisiti del negozio: basta che la vecchia e la nuova dichiarazione, prese nel loro insieme, costituiscano un valido negozio: necessaria

è invece la volontà di dare effetto giuridico all' prima dichiarazione invalida. Il nuovo negozio deve essere posto in essere con riferimento al primo, e con l'intendimento di tenerlo per valido.

Questo è appunto il sistema del diritto romano. La l. 25 Cod. *de donat. inter virum et uxorem*, 5, 16, è testuale e non può lasciar dubbi in proposito. In questa legge Giustiniano prescrive che la conferma per atto di ultima volontà di una donazione fra coniugi, o di un'altra donazione nulla per incapacità del donatario, rende valida fin dal principio la donazione, se non eccede la legittima e se nella conclusione di esse si sia osservata la determinata forma, e da questo caso particolare generalizzando, stabilisce che in tutti i negozi la conferma retroagisce al momento, in cui furono compiuti: «si vero vel non amplior sit donatio, vel cum amplior esset, in actis insinuata sit; tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt» (Cfr. Windscheid, *Pand.*, § 82, nota 10).

Anche nel codice germanico è ammessa la possibilità di una ratifica del negozio nullo mediante rinnovazione: per il § 141 «se un negozio giuridico nullo viene confermato da chi l'ha compiuto, la conferma deve considerarsi come una rinnovazione del medesimo. Se un contratto nullo viene confermato dalle parti, queste sono, nel dubbio, obbligate a prestarsi vicendevolmente quanto avrebbero, se il contratto fosse stato valido fin dal principio». Non solo dunque è possibile la ratifica mediante rinnovazione, ma, per i contratti, si presume altresì che le parti abbiano voluto darvi effetto retroattivo (Cfr. Saleilles, *La déclaration de volonté*, Paris, 1901, n. 27 e segg., pag. 335 e segg.; Cosack, *Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts*, I, Iena, 1900, pag. 158 sub a).

I risultati di questa breve disamina si possono così riassumere. Non vi è una sola specie di ratifica, ma ve ne sono più. Come osserva benissimo il Bekker, *System d. heut. Pan-*

dektenrechts, Weimar, 1886-1889, II, pag. 220, quante sono le diverse specie di negozi difettosi, tante sono le varie specie di ratifica. Noi ne annoveriamo precisamente tre forme principali: la *ratifica-rinuncia*; la *ratifica-accettazione* e la *ratifica-rinnovazione*. I negozi annullabili ammettono tutte e tre le forme di ratifica (è infatti possibile anche una rinnovazione del negozio annullabile, o una formale accettazione di esso da parte di chi avrebbe il diritto di impugnarlo, sebbene la forma praticamente più appropriata di ratifica rimanga sempre la rinuncia che ottiene lo stesso risultato con mezzi assai più semplici): i negozi relativamente nulli ne ammettono due (l'accettazione e anche la rinnovazione, più complicata, ma pure pensabile); i negozi assolutamente nulli infine una sola: la rinnovazione. Quando dunque si dice che solo i negozi annullabili sono suscettibili di ratifica, si dice cosa del tutto inesatta; o, almeno, vera unicamente nel senso che solo i negozi annullabili ammettono la *ratifica-rinuncia*. Ma tutti i negozi invalidi e perciò anche quelli nulli assolutamente ammettono una *ratifica-rinnovazione*, la quale, se il dichiarante lo vuole, assume tutti i caratteri di una vera ratifica, e fra questi, anche, l'effetto retroattivo.

Ciò premesso, la risoluzione del caso speciale, su cui doveva decidere il Tribunale, riesce ben semplice.

Dato pure che i contratti conclusi in contravvenzione dell'art. 137 cod. comm. siano da considerarsi come assolutamente nulli, e sia perciò da escludere, per essi, una *ratifica-rinuncia* per atto unilaterale, a termini dell'art. 1309 cod. civ., deve pur tuttavia ammettersi la piena possibilità, anche per essi, di una *ratifica-rinnovazione*. Questa ratifica presuppone sempre, s'intende, che sia cessato l'ostacolo legale che rende la vendita delle azioni inefficace, ossia presuppone avvenuta la legale costituzione della società. Ma, costituita regolarmente la società, nulla impedisce che i contraenti rinnovino il contratto e diano a questa rinnovazione un significato di ratifica del vecchio contratto nullo, facendone retroagire gli effetti all'epoca in cui questo fu concluso. Benissimo intese e

spiegò la cosa la Corte di Appello di Torino, in una sua sentenza del 5 aprile 1909 (*Riv. di dir. comm.*, 1909, II, 204 e segg.): « Certamente qualsiasi esecuzione e ripetizione del contratto fino a che la società non avesse raggiunto la sua legale costituzione colla pubblicazione voluta dall'art. 95, riusciva inutile, ma, come posteriormente a detta costituzione era lecito alla Ditta di vendere ed agli attori di comperare *ex novo* quelle azioni che avevano formato oggetto del precedente contratto nullo, ben potevano l'una e gli altri, ripetendo l'accordo, far nascere, come insegna la dottrina, quegli effetti anche retroattivi portati dalla nuova volontà legalmente manifestata ». Questa ratifica-rinnovazione, essendo cosa ben distinta dalla ratifica-rinuncia, non si fonda punto sull'art. 1309, che si occupa appunto della ratifica-rinuncia, e, pertanto, non ne segue necessariamente le regole. Si applicheranno, invece, a questa ratifica, i principî generali sul negozio giuridico e sul contratto, con riguardo al particolare oggetto e alla particolare natura di questo negozio. Il quale, intanto, se non è espressamente disciplinato in alcun testo di legge, non per questo deve ritenersi meno valido e legittimo. In verità non occorre alcun testo speciale di legge per ammettere che coloro, i quali hanno posto in essere un contratto nullo, possano ripeterlo validamente quando l'ostacolo alla sua valida conclusione sia venuto meno, e possano, ripetendolo, dargli forza retroattiva al momento della conclusione del primo contratto. Il Bolaffio (*Foro it.*, 1909, I, 1282), chiama ciò *metafisica giuridica*. Altro che metafisica! Questo è un principio elementare di diritto, quello dell'autonomia della volontà privata nel campo contrattuale, riconosciuto dall'articolo 1123 cod. civ., una delle più note e trite disposizioni del nostro diritto civile positivo. Se « i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti », anche i contratti possono, per volontà dei contraenti, avere, come può avere la legge, effetto retroattivo.

Ma qui si presenta un altro dubbio. Quando si dovrà dire che vi è ratifica-rinnovazione? In ispecie, nel caso in esame,

può dirsi che vi sia ratifica per via di rinnovazione nella volontaria esecuzione data dai contraenti alla vendita delle azioni, dopo la regolare costituzione della società? Ecco una domanda a cui non può darsi una risposta assoluta. Si tratta di una questione tutta di fatto, da rimettersi al criterio insindacabile del giudice del merito. In via di principio questo solo può affermarsi: che per la regola generalissima, secondo la quale la volontà può essere dichiarata così espressamente che tacitamente (numerosi esempi di applicazione di tale regola nel nostro diritto positivo sono raccolti da Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del Vindscheid*, I, pag. 896), la ratifica-rinnovazione potrà risultare, oltre che da dichiarazioni espresse, anche da *fatti concludenti*, tali cioè da essere incompatibili con la volontà di non ratificare, rinnovandolo, il contratto nullo. Dai fatti, che si adducono, dovranno risultare tutti gli elementi necessari per dar vita alla ratifica-rinnovazione. Non basterà, perciò, che da essi risulti la volontà concorde delle parti di rinnovare il contratto: occorrerà provare che a tale rinnovazione si è voluto dare un significato di ratifica del contratto antico. Fra i fatti più significativi in questo senso deve porsi certamente, e in primissima linea, la *volontaria esecuzione data concordemente dalle parti al contratto nullo*. La *esecuzione della volontà* è tanto la forma tipica di manifestazione tacita della volontà, che il Sohm (*Inst.* § 28, nota 3), contrappone la manifestazione espressa alla tacita, chiamando espressa la dichiarazione che si esplica per via di atti di *partecipazione* della volontà, tacita quella che si concreta in atti di *esecuzione* della volontà (cfr. Fadda e Bensa, pag. 896). Non si potrà, dunque, di regola, negare alla esecuzione data, dopo la regolare costituzione della società, alla vendita delle azioni fatte anteriormente, il valore di una ratifica-rinnovazione del contratto. Che questa esecuzione importi rinnovazione della volontà implica la volontà e che l'esecuzione del contratto implica il contratto. Che poi il nuovo contratto sia stato fatto in vista e in contemplazione dell'antico, e con l'intendimento

di ottenerne gli effetti, come se questo fosse stato valido, risulta dal modo stesso scelto per concludere il nuovo contratto, che ha luogo appunto mediante l'esecuzione dell'antico. Questa, in linea generale, è l'interpretazione che il giudice del merito dovrà dare al fatto della volontaria esecuzione. Ma, poichè appunto si tratta di un giudizio di fatto, può accadere benissimo che circostanze particolari al singolo caso inducano a decidere diversamente. Può, ad esempio, darsi che la volontà di rinnovare il contratto vi sia da una sola delle parti: più frequentemente da parte del venditore, che avrà interesse a tener ferma la vendita, e non vi sia dall'altra, per esempio da parte del compratore, che può aver eseguito il contratto nell'erronea credenza di essere obbligato in base al vecchio negozio invalido. Il mancato incontro delle volontà farebbe qui venir meno la rinnovazione, e quindi la ratifica. È tutta, come si vede, questione di apprezzamento, nella quale si deve procedere con molta cautela e tener presenti le particolari circostanze del caso: poichè la regolare costituzione di una società commerciale è cosa che ognuno può, senza molta difficoltà, verificare, è assai verosimile che chi esegue, dopo costituita legalmente la società, una compra-vendita di azioni conclusa anteriormente, lo faccia con piena conoscenza della illegittimità anteriore e della legittimità presente della vendita, e perciò non con l'intendimento di eseguire il contratto antico erroneamente creduto valido, ma con la volontà di farne uno nuovo perfettamente regolare.

Alla tesi qui sostenuta, si possono muovere alcune obiezioni, a cui le cose dette sulla natura della ratifica dei negozi nulli ci permettono di rispondere molto brevemente. Le obiezioni, in sostanza, sono le seguenti: 1° riconoscendo la possibilità di una ratifica della compra-vendita di azioni, fatta in onta al divieto dell'art. 137 cod. comm., si esce fuori dai termini dell'art. 1309 cod. civ., il quale ammette la ratifica dei negozi annullabili, non quella dei negozi nulli, come si desume, del resto, dall'art. 1310 dello stesso codice; 2° l'esecuzione di un negozio nullo, come quello di cui all'art. 137

cod. comm., tanto poco può valere come ratifica o rinnovazione del contratto, che essa invece, a termini dello stesso art. 137 e dell'art. 1237 cod. civ., dà luogo alla restituzione di ciò che fu indebitamente pagato; 3° dando valore di ratifica all'esecuzione del contratto in quistione, si urta contro il disposto letterale dell'art. 137, il quale stabilisce espressamente che «la nullità ha luogo, ancorchè la vendita sia fatta con la clausola *ora per quando la società sarà costituita* o altra equivalente».

Ma nessuna di queste obiezioni regge alla critica.

1° Non si viola affatto l'art. 1309 ammettendo la possibilità della ratifica di un negozio nullo, come quello vietato dall'art. 137 cod. comm., perchè la ratifica, di cui parliamo, non è la ratifica-rinuncia degli art. 1309 e 1310, certamente inapplicabile ai negozi nulli, ma la ratifica-rinnovazione, ammissibilissima secondo i principî generali.

2° Non è vero che l'esecuzione della compra-vendita di azioni vietata dall'art. 137 costituisca sempre un pagamento non dovuto e quindi ripetibile. La disposizione dell'art. 137 «l'alienante può essere costretto a restituire le somme che gli fossero per ciò state pagate» non è, in sostanza, che un richiamo al principio generale dell'art. 1237 princ.: «ogni pagamento presuppone un debito, ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile». Ma e l'art. 137 e l'art. 1237 vanno, alla loro volta, posti in relazione con l'art. 1146 cod. civ., che a torto si trascura dai nostri contraddittori. Per l'art. 1146 la ripetizione dell'indebito non è ammessa, se non nel caso che il *solvens* abbia pagato *senza causa e per errore*: se anche egli abbia pagato senza causa, ma *scientemente*, si applica il principio: *cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est* (l. 53, de reg. iuris., Dig. 50, 17). L'esecuzione della compra-vendita nulla a termini dell'art. 137 può dar luogo, adunque, alla ripetizione solo quando essa avvenne *senza causa e per errore* da parte del compratore: che se errore non vi fu, non solo, ma vi fu inoltre volontà di eseguire una nuova vendita perfettamente valida, di ripetizione dell'indebito non è a

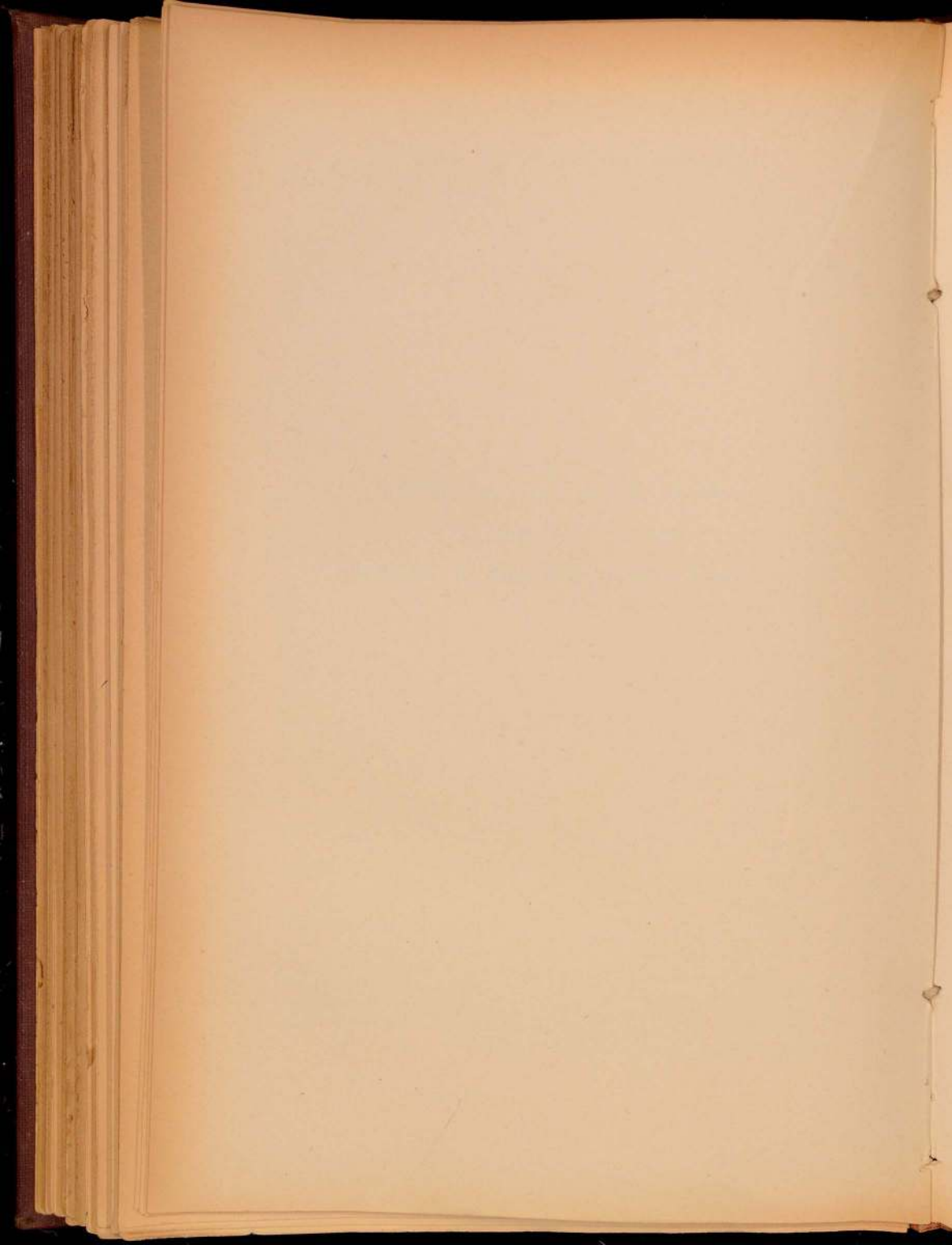
parlare. Perchè la questione è, appunto, tutta qui. Quello che si tratta di vedere è se, in fatto, la esecuzione implichi o non rinnovazione; se sì, la causa del pagamento esiste, l'errore è escluso, e non vi è un pagamento ripetibile. Se, invece, all'esecuzione non si riconosce il valore di una rinnovazione del contratto, rimarrà ancora a vedere se il pagamento fu fatto per errore, perchè la mancanza di causa da sola ancora non basterebbe a giustificare la ripetizione. Si vede dunque quanto sia erroneo argomentare dalla pretesa ripetizione per negare all'esecuzione del contratto il significato di una rinnovazione del negozio: perchè, al contrario, per decidere se possa darsi ripetizione, bisogna prima vedere se vi fu rinnovazione, ed, esclusa la rinnovazione, si deve ancora decidere se vi fu errore.

3º Non è vero infine, che dando valore di ratifica all'esecuzione della vendita, si contravviene al disposto dell'art. 137, il quale vieta la vendita anche se fatta con la clausola « ora per quando la società sarà legalmente costituita ». La ratifica-rinnovazione non esclude punto, anzi presuppone la nullità del negozio, e perciò, considerando l'esecuzione come una rinnovazione del negozio, avente il valore di ratifica, si ammette necessariamente, nel suo più ampio effetto, l'invalidità della prima vendita.

ANCORA SULLA CONVALESCENZA
DEI NEGOZI GIURIDICI
E L'ARTICOLO 137 DEL CODICE DI COMMERCIO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1911. Nota alla sentenza 28 novembre 1910 della Corte di cassazione di Firenze, la quale decise:

« Se la Corte di merito afferma che, malgrado la nullità assoluta del contratto originario (nella specie: vendita di azioni di una società non legalmente costituita, art. 137 cod. comm.), i contraenti hanno stipulato un nuovo contratto dopo che la nullità era cessata (con la costituzione legale della società), questo apprezzamento è insindacabile in cassazione ».



La giurisprudenza si va oramai affermando, si può dire, unanime, nella tesi * da noi propugnata nella *Rivista di diritto commerciale* (1910, II, 178 e segg.), secondo cui la nullità comminata dall'art. 137 del cod. di comm. contro la vendita delle azioni anteriore alla legale costituzione della società, viene sanata, quando, dopo cessato l'ostacolo alla validità del negozio, le parti abbiano *rinnovato* il contratto, sia espressamente, sia anche tacitamente. La distinzione fra la *ratifica-rinuncia* dell'art. 1309 cod. civ., applicabile solo ai negozi annullabili, e la *ratifica-rinnovazione*, possibile, secondo i principî generali e in base all'art. 1123 cod. civ., per tutti i negozi, ed anche per i negozi *nulli*, è stata accettata esplicitamente dalla Cassazione di Torino nella sentenza 30 marzo 1910 (*Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 323 e segg.), e dalla Corte d'Appello di Milano nella sentenza 14 giugno 1910 (*Temì lombarda*, 1910, 728), ed ora implicitamente, ma chiaramente, dalla sentenza sopra riportata della Cassazione fiorentina. Bene è vero che e la tesi, e la distinzione su cui si fonda, sono state fatte segno ad alcune obiezioni di un anonimo annotatore di questa sentenza (*Foro veneto*, 1911, 41 e segg.), che non risparmia censure ai ragionamenti della Cassazione. Ma la critica, brillante ed arguta quanto si vuole, non persuade.

L'annotatore rimprovera anzitutto alla Corte Suprema di aver dichiarato incensurabile l'apprezzamento della Corte di merito,

* Vedi *retro*, pag. 343.

secondo il quale, malgrado la nullità assoluta dell'originario contratto di vendita delle azioni, sarebbe stato posto in essere, dopo la regolare costituzione della società, un nuovo contratto, desumendo l'esistenza di questo dalla circostanza della esecuzione data al precedente negozio invalido. L'annotatore insiste largamente, citando brani della decisione di merito, nell'affermare che a torto la Corte d'Appello aveva desunto dal semplice fatto del pagamento del prezzo l'intenzione di porre in essere un nuovo contratto. Ma la formulazione e la condotta della critica bastano a dimostrarne l'infondatezza. La Cassazione ha detto, ed ha detto benissimo, che, ammesso il principio, per cui è sempre possibile la ratifica per via di rinnovazione di un contratto anche radicalmente nullo, la questione della esistenza della rinnovazione, ossia della esistenza, da parte dei contraenti, della volontà di fare un nuovo contratto con effetto retroattivo, è una questione *di fatto*, da devolversi all'apprezzamento incensurabile del giudice del merito. Ora non si vulnera il principio, e si censura a torto la Corte regolatrice, quando si dice che il giudice del merito malamente ha ritenuto, in fatto, l'esistenza della rinnovazione. Sarà; ma il principio resta giusto, e corretta la decisione che lo consacra. Del resto, anche in linea di fatto, e pur senza entrare in una disamina, che implicherebbe la conoscenza di elementi, che non ho a mia disposizione, io sono scettico sulla ingenuità di quegli acquirenti di azioni che, avendo contrattato prima della legale costituzione, danno esecuzione al contratto in un momento, in cui la costituzione legale è avvenuta, ignorando la illegittimità passata e la legittimità presente della vendita! La legale costituzione di una società non è un mistero difficilmente penetrabile, e, salvo casi speciali, non è fuori luogo presumere, con una presunzione *hominis*, ma ben fondata (ecco in che consiste la censurata «supposizione» della Corte di merito) che uomini non digiuni di affari siano informati della legale costituzione della società (basta uno sguardo al *Bollettino delle società per azioni*!). Ma chi esegue un contratto, conoscendone la illegittimità passata e la legiti-

timità presente, è chiaro, intende rinnovarlo. È questa una presunzione logica e naturale, come è logica e naturale la presunzione che quando il compratore aspetta il tracollo delle azioni per far valere la nullità, non sia l'improvvisa coscienza della illegittimità del primo acquisto la causa dell'impugnativa, ma proprio la fallita speranza di un buon affare.

Ma per l'annotatore del *Foro veneto* non solo è errata l'applicazione fattane dalla Cassazione di Firenze, ma è addirittura falsa la tesi che la *ratifica-rinuncia* dell'art. 1309 vada distinta dalla *ratifica-rinnovazione*, possibile in base all'articolo 1123 cod. civ. Per l'annotatore la distinzione fra *ratifica-rinuncia*, *ratifica-accettazione*, *ratifica-rinnovazione*, fatta nel nostro studio sopra citato, è artificiosa. « La dialettica più sottile (riportiamo le sue parole) non può dare al pagamento del prezzo residuo delle azioni il valore e il significato o di *rinnovazione* di un contratto nullo o di *rinuncia* ad una nullità radicale. Chi afferma che il compratore, dovendo conoscere l'art. 137 cod. comm., sa che, pagando il prezzo residuo, *rinuncia* ad opporre la nullità del contratto, dimentica: a) che si tratta di ignoranza di un fatto (la vendita di azioni *prima* della legale costituzione della società), ignoranza determinata appunto dalla tortuosa speculazione borsistica del venditore, il quale vende quello che legalmente è vietato di vendere; b) che la possibile sanatoria di una nullità deve avere i requisiti dell'art. 1309 cod. civ.; c) che una nullità assoluta, radicale, non si sana, perchè il contratto legalmente non esiste, occorre la sua rinnovazione, con cui si mette un contratto nuovo al posto del contratto inesistente, e sia pure alle identiche condizioni del primo; ma, per costituirlo, occorre l'accordo dei contraenti convergente al medesimo risultato: la nuda esecuzione di un contratto radicalmente nullo non basta a ciò, se non basterebbe neanche per sanare una nullità riparabile (art. 1309 sec. al. cod. civile) ».

Basta confrontare ciò che è scritto nella nostra nota con la confutazione per rilevare i fraintendimenti di questa. Come si può allegare, contro la possibilità di una *ratifica-rinnova-*

zione, la inammissibilità di una *rinuncia*, quando la nostra tesi è appunto che la ratifica possibile in questo caso è la ratifica per via di *rinnovazione*, basata sull'art. 1123 cod. civ., e non la ratifica per via di *rinuncia*, di cui parla l'art. 1309 cod. civ.? Nessuno afferma che il compratore, pagando il prezzo residuo, *rinuncia* a opporre la nullità; nessuno invoca l'art. 1309 cod. civ., i cui requisiti sono del tutto fuori di luogo ed inapplicabili; la sanatoria di cui noi parliamo non è quella prevista in questo articolo, che vale solo per i contratti annullabili. Noi diciamo soltanto che anche nei negozi nulli assolutamente, come la vendita delle azioni prima della legale costituzione della società, è *possibile* che, cessata la cagione della invalidità, il negozio venga rinnovato, mediante una nuova dichiarazione di volontà, la quale, quando si spieghi anche con effetto retroattivo, non è più una semplice rinnovazione, ma una *rinnovazione-ratifica*. E constatiamo così, per le ulteriori applicazioni di cui il principio è suscettibile in altri casi, che accanto alla tradizionale *ratifica-rinuncia* dell'art. 1309, in cui la convalidazione del negozio è ottenuta mediante *rinuncia* a far valere la nullità, esiste un'altra forma di ratifica, la *ratifica-rinnovazione*, basata sul principio dell'autonomia della volontà (art. 1123 cod. civ.), in cui la convalidazione del negozio è ottenuta mediante *rinnovazione del medesimo con effetto retroattivo*. L'annotatore crede di aver distrutto la categoria delle ratifiche-rinnovazioni, scrivendo che, una volta contestata l'intenzione del preteso dichiarante di aver voluto l'effetto retroattivo, « la pretesa ratifica-rinnovazione va a rotoli ». Si capisce che, una volta *esclusa* (non già solo *contestata*) la volontà di rinnovare il contratto con effetto retroattivo, è esclusa la ratifica-rinnovazione. Ma se la ratifica-rinnovazione può essere esclusa *nei casi concreti*, ciò non vuol dire che la ratifica-rinnovazione non esista come tipo di negozio! Ragionando allo stesso modo, si può domani sostenere che il contratto di compravendita non esiste, perchè in singoli casi può darsi che manchi la volontà di trasferire la proprietà! Si fa presto a dire che la *ratifica-rinuncia* e la *ratifica-rinnovazione* sono

« costruzioni dogmatiche fuori della realtà ». Bisogna provare che una convalidazione del negozio nullo, mediante rinnovazione con effetto retroattivo, è, in base all'art. 1123, impossibile, altrimenti si fanno degli eleganti bisticci, ma non si dimostra la propria tesi. E un bisticcio più o meno elegante, è l'affermazione « il buon senso dice: chi conferma non rinuncia; chi rinnova non conferma, e chi sana non rinnova ». Il buon senso, fortunatamente per lui, non dice punto queste cose. Non dice: chi conferma non rinuncia, perchè chi conferma in base all'art. 1309 rinuncia proprio all'azione di annullamento; non dice chi rinnova non conferma, perchè si può proprio confermare o meglio ratificare il contratto nullo radicalmente, ripetendolo in tutti i suoi elementi, cioè rinnovandolo, con effetto retroattivo; non dice chi sana non rinnova, per l'identica ragione, che si può confermare, ratificare, sanare (nel linguaggio del buon senso queste espressioni sono equivalenti), ripetendo, cioè rinnovando il negozio.

A questo punto bisogna rilevare che le critiche dell'annotatore anonimo parrebbero trovare appoggio in alcune recenti osservazioni del Degni (nella *Rivista di diritto commerciale*, 1911, 1, 213 in nota), che si professa anch'egli contrario al concetto di una *ratifica-rinnovazione*. In verità, il dissenso del Degni è più apparente che sostanziale; egli conviene nella opinione che sia possibile, rinnovando un negozio giuridico radicalmente nullo, ottenere gli stessi effetti giuridici che si sarebbero prodotti, se il negozio fosse stato valido (salvi, naturalmente, i diritti acquistati dai terzi *medio tempore*), ma nega che a questa rinnovazione si possa dare il nome di *ratifica*. Dice il Degni: « certo, non si può dubitare che se la dichiarazione di volontà mira a dare al rapporto giuridico un effetto retroattivo, salvo, beninteso, i diritti legalmente acquistati e conservati dai terzi, che sono fuori la sfera giuridica del dichiarante, questo effetto dovrà prodursi, ma ciò che deve contrastarsi si è che esso possa considerarsi come la conseguenza della sanatoria di un negozio inesistente, o non piuttosto per quello che è in realtà, cioè il contenuto della

nuova dichiarazione di volontà, del nuovo negozio giuridico ». In sostanza dunque il Degni non contesta (anzi dice più innanzi esplicitamente) che gli *effetti giuridici* della rinnovazione e quelli della sanatoria siano identici, ma nega che la rinnovazione sia una sanatoria o ratifica, perchè quegli effetti, nella rinnovazione sono conseguenza della nuova dichiarazione di volontà, mentre nella ratifica sono conseguenza della antica. Ora questa separazione tra rinnovazione e ratifica si basa sopra un concetto della ratifica, che io avevo già preso in esame, e che credevo di aver dimostrato falso. Nella mia nota sopra citata avevo osservato che una *ratifica*, nel senso di una convalidazione posteriore della dichiarazione di volontà, *come tale* non è concepibile; la dichiarazione di volontà, aggiungevo, è quella che è, al momento in cui viene formata, possono venir meno le cause che produssero la formazione di una volontà difettiva, ma non per questo vien meno il fatto che la dichiarazione fu formata in modo difettoso; la dichiarazione di volontà non è una cosa del mondo esterno, che possa essere diversamente plasmata e trasformata, ma è un fatto umano, essenzialmente transeunte, indistruttibile e immodificabile. In conseguenza, concludevo, la *correzione* di una dichiarazione di volontà difettosa, è logicamente e psicologicamente inammissibile, e *perciò la sanatoria di un negozio invalido non può significar mai cancellazione del vizio organico che ne accompagnò la nascita, ma solo eliminazione degli effetti giuridici della imperfezione* (*Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 179-181). Sanatoria o ratifica di un negozio giuridico è dunque quel fenomeno per cui, rimanendo il negozio invalido quello che era, il diritto vi ricollega ugualmente effetti giuridici *come se* fosse stato formato in modo perfettamente regolare e scevro di vizî (pag. 180). Questa è la base di tutto il mio ragionamento, ed è anche la parte più importante di quel tanto di nuovo che può esservi contenuto. A torto dunque il Degni, trascurando tutto ciò, torna al concetto della ratifica come un mezzo di *correggere* la dichiarazione di volontà viziata. Ma se, come a me non par dubbio, si ha ratifica ogni volta che

con una posteriore dichiarazione di volontà si elimina non il vizio, il che non è possibile, ma l'effetto giuridico del vizio, col produrre gli stessi effetti giuridici che si sarebbero prodotti se la prima dichiarazione fosse stata regolare, come è possibile sostenere che anche la rinnovazione del negozio, quando le parti abbiano voluto ricollegarvi l'effetto retroattivo, non sia, in questo senso, una ratifica? Oppone il Degni: rimane sempre fra la ratifica e la rinnovazione questa differenza: che la prima ha di per sé l'effetto retroattivo, mentre la seconda non l'ha, se le parti non l'hanno specificamente voluto. Ma, in verità, la differenza non corre tra la ratifica e la rinnovazione, bensì tra la ratifica-rinuncia dell'art. 1309 e la ratifica-rinnovazione: il ragionamento del Degni parte dal supposto che non vi sia altra forma di ratifica che quella dell'art. 1309 e che gli altri mezzi, coi quali si ottengono gli identici effetti giuridici, non meritino il nome di ratifica: ora con ciò da un canto non si dimostra nulla, ma si ripete una tesi già da me confutata (che vi sia ratifica quando vi è *correzione* del negozio); dall'altro si fa una questione di parole. Si dica pure, del resto, se così piace, che il nome «ratifica» va riservato alla ratifica-rinuncia: ciò non toglie punto che la rinnovazione con effetto retroattivo sia un mezzo con cui si riesce a ottenere gli identici effetti della ratifica. Il risultato del mio studio, che, mi sembra, resiste a tutte le critiche, è appunto questo: di guadagnare al disopra della ratifica-rinuncia, unica forma finora considerata di ratifica, un concetto di ratifica più generale, comprendente la ratifica-rinuncia dell'art. 1309 e altre figure giuridiche, che vanno, a mio avviso, riconosciute come perfettamente legittime, sebbene mirino ad ottenere lo stesso risultato (la eliminazione degli effetti giuridici del vizio nei negozi invalidi) per vie e con mezzi differenti.

Rimane ora l'ultimo aspetto della questione, che preoccupa molto l'annotatore anonimo del *Foro veneto*: se la rinnovazione possa risultare anche tacitamente dalla esecuzione del contratto. L'annotatore risponde che non può mai. Io credo

che risposte così assolute, in materia di interpretazione di volontà, non si possano dare. Sarebbe certo erroneo affermare che l'esecuzione di un contratto nullo implichi *sempre* la volontà di rinnovarlo con effetto retroattivo. Ma altrettanto erroneo è il dire che non la implichi *mai* o, peggio, che la escluda sempre. Si tratta, invece, proprio di una questione di fatto, da risolversi caso per caso. Ma certo, quando si tratta di vendita di titoli oggetto di speculazioni borsistiche, e il contratto è interceduto fra speculatori, che non ignorano la legge e sono in grado di accertarsi facilmente di un fatto così tangibile, come l'adempimento delle formalità necessarie per la legale costituzione della società, è doveroso presumere piuttosto la scienza che l'ignoranza dell'esistenza passata, e della inesistenza attuale dell'ostacolo alla valida conclusione del negozio, e quindi piuttosto la conscia conclusione di un nuovo contratto valido, che l'inconscia esecuzione di uno nullo.

SEMPRE A PROPOSITO
DELL'ARTICOLO 137 DEL CODICE DI COMMERCIO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1911. Nota alla sentenza 14 luglio 1911 della Corte d'appello di Milano, la quale decise:

« La nullità della vendita delle azioni prima della legale costituzione della società comminata dall'art. 137 è relativa, non assoluta.

« Ove pure si trattasse di nullità assoluta, la stessa non può più essere fatta valere se alla vendita sia data esecuzione posteriormente alla legale costituzione della società ».

Il principio che la nullità dell'art. 137, se pur debba considerarsi come assoluta, è in ogni modo sanabile mediante rinnovazione del contratto, tutte le volte che le parti abbiano voluto attribuire a questa rinnovazione l'effetto retroattivo, può dirsi ormai accettato senza contrasto dalla giurisprudenza. Proclamato dalla Cassazione torinese, con la sentenza 30 marzo 1910 (*Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 323) e ribadito con la recente sentenza 4 aprile 1911 (*Foro it.*, 1911, I, 1060); accolto dalla Cassazione di Firenze, nella sentenza 28 novembre 1910 (*Rivista di dir. comm.*, 1911, II, 301); dalla Corte d'Appello di Milano, nella sentenza annotata e nella precedente del 14 giugno 1910 (*Temì lombarda*, 1910, 728); e dal Tribunale di Napoli 2 marzo 1910 (*Foro it.*, 1910, I, 531), non ha avuto per sè il favore di un ugual consenso nella dottrina. Il concetto di una ratifica-rinnovazione, da me affermato* (*Rivista di dir. comm.*, 1910, II, 798; 1911, II, 301), e a cui pure aderirono il Gambardella (*Foro it.*, 1910, I, 532) e A. Scialoia (*Foro it.*, 1911, I, 1061), ha sempre contro di sè la grande autorità del Bolaffio (*Foro it.*, 1909, I, 1280 e *Foro Veneto*, 1911, 41) e il parere del Degni (*Riv. di dir. comm.*, 1911, 213) l'uno e l'altro già da me confutati nel secondo dei due scritti citati. Ancora più di recente quel concetto, pur così teoricamente e praticamente fecondo, veniva combattuto dall'avvocato Gabriolo (*Mon. dei trib.*, 1911, 861-862), ma in verità

* Vedi retro, pag. 343 e pag. 363.

senza il sussidio di alcuna idea nuova. Così ad esempio il Gabriolo, dopo aver convenuto con me nell'affermazione che quando si parla di sanatoria di negozi viziati, non si intende mai riferirsi alla possibilità di una *correzione* della dichiarazione di volontà *come tale*, ma solo alla possibilità che ad una dichiarazione *difettosa* vengano ricollegati effetti giuridici *come se* tale non fosse, finisce poi per negare il concetto concludendo che mentre nei negozi annullabili vi è una continuità ideale fra la dichiarazione difettosa e la susseguente che la convalida, nei negozi nulli questa continuità manca: ciò che equivale precisamente ad affermare che nei negozi annullabili la ratifica ha proprio l'effetto non solo di una *restitutio in integrum* giuridica (ciò che avviene anche nella rinnovazione dei negozi nulli), ma anche di una *restitutio in integrum* psicologica dell'atto volitivo. E infatti lo stesso censore parla di una *continuità del fenomeno morale* che con espressione più o meno felice viene ad esprimere appunto questo concetto!

La stranezza della controversia, che ritengo oramai esaurita, è questa: che mentre la giurisprudenza, espressione viva e diretta delle esigenze pratiche del diritto, si è impadronita subito e con entusiasmo del nuovo concetto giuridico di una ratifica-rinnovazione, gli scrittori, che si sono mostrati avversi più o meno velatamente, lo hanno considerato come una sottigliezza, un'astruseria metafisica! Io temo in verità che questa volta l'amore delle idee pratiche non sia che amore delle idee vecchie e attaccamento, spiegabile del resto, a certi ammuftiti latinetti con cui, neanche a farlo apposta, comincia appunto l'ultimo scritto dell'avv. Gabriolo!

LA RAPPRESENTANZA
DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI
NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1911. Nota alle sentenze 21 maggio e 15 novembre 1910 della Corte di Cassazione di Torino, delle quali la prima decise:

« È inammissibile il ricorso in Cassazione nell'interesse di società commerciali presentato dal Presidente non autorizzato a ricorrere dal Consiglio d'amministrazione, quantunque esso abbia, per lo statuto sociale, la rappresentanza in giudizio dell'ente e tale rappresentanza esso abbia tenuto nelle precorsi fasi di merito: art. 528 cod. proc. civile ».

La seconda delle indicate sentenze decise:

« Il rappresentante della società nei precedenti stadi di merito non può ricorrere da solo in Cassazione, ma gli occorre all'uopo formale autorizzazione: art. 528 cod. proc. civile.

« Non basta che tale autorizzazione gli provenga dal Consiglio d'amministrazione, ma è indispensabile apposita deliberazione dell'assemblea generale dei soci se nella lite è interessato direttamente il patrimonio sociale (nella specie: se nella lite è in discussione la portata del diritto di servitù di acquedotto spettante ad un terzo sui beni della società).

« Non giova il fatto che inizialmente la lite sia stata deliberata dall'assemblea generale dei soci.

« Nemmeno giova a sanare la nullità, che è assoluta, del ricorso la deliberazione autorizzativa dell'assemblea generale e confermativa di quella del Consiglio d'amministrazione, se essa sopravviene prima bensì della discussione della causa, ma dopo la scadenza del termine per ricorrere ».

La giurisprudenza della Cassazione di Torino diventa sempre più rigorosa sulle formalità necessarie per la *legitimatio ad causam*, nel giudizio di Cassazione, delle società commerciali. Già in alcune antecedenti decisioni la Suprema Corte torinese aveva richiesto, per la integrazione della rappresentanza delle società nel giudizio di Cassazione, una autorizzazione apposita dell'assemblea generale, ma si accontentava di una autorizzazione sopravvenuta dopo la notificazione del ricorso, e giustificata all'udienza di discussione della causa (Cass. Torino 9 agosto 1905, *Giur. tor.*, 1905, 1449; 13 febbraio 1909, *Giur. tor.*, 1909, 1119). Con le due sentenze sopra riferite, e con una terza, pure recente, in data 21 maggio 1910, *Banco di Liguria c. Adami* (*Giur. tor.*, 1911, 85) essa stabilisce la massima che *per proporre* il ricorso occorre la preventiva autorizzazione dell'assemblea generale dei soci, e che la autorizzazione sopravvenuta non è sufficiente a sanare la nullità.

La questione è grave, non tanto per i problemi giuridici che involge, quanto per le fastidiose conseguenze che dalla giurisprudenza oramai formatasi derivano per la difesa giudiziale delle grandi società, impegnate bene spesso in molte liti, e costrette, per ogni ricorso, alle complicate lungaggini di una apposita convocazione e deliberazione dell'assemblea generale.

Diciamo subito che le conclusioni, a cui giunge la Cassazione torinese, non ci sembrano da approvarsi. Ma e l'importanza pratica del principio, e l'autorità del collegio che lo bandisce, richiedono che il problema sia posto ed esaminato brevemente, ma con la necessaria completezza.

La rappresentanza in giudizio delle società commerciali spetta, secondo l'art. 137 cod. proc. civ., « a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale ». E per le società in liquidazione il principio è ribadito dagli art. 198, 203 cod. comm.: « pubblicato l'atto legale di liquidazione, nessuna azione in favore della società o contro di essa può essere esercitata, se non in nome dei liquidatori o contro di essi »; « salve le maggiori o minori facoltà ricevute dai soci, i liquidatori possono stare in giudizio ed essere convenuti nell'interesse della liquidazione in ogni istanza civile o penale ». La regola generale è dunque che *la rappresentanza processuale coincide con la rappresentanza nei rapporti di diritto materiale*; chi ha la seconda, ha, di regola, la prima. La volontà dei soci può, senza dubbio, porre condizioni e limitazioni a questa regola. *Fino a qual punto* queste regole siano possibili; se, ad es., possano i soci limitare a *taluni* rappresentanti nei rapporti di diritto materiale la *ulteriore* facoltà di rappresentare la società *in giudizio*; se, ad es. (sebbene il caso difficilmente si verificherà in pratica), possa la contraria volontà dei soci spingersi fino a scindere completamente le due rappresentanze, delegando a persone diverse la facoltà di rappresentare la società nei rapporti di diritto materiale e nei rapporti processuali; se, ipotesi più facilmente realizzabile, la scissione possa farsi per casi singoli, delegando a talune persone la rappresentanza in giudizio per singole cause (di scissione di tal genere ci fornisce, del resto, esempio la legge stessa: cod. di comm. art. 152); se, infine, tale limitazione o separazione possa farsi unicamente nell'atto costitutivo o nello statuto o possa anche essere deliberata, posteriormente, dall'assemblea; ecco una serie di questioni sulle quali dobbiamo qui sorvolare (cfr. Rocco, *Le società commerciali in rapporto*

al giudizio civile, pag. 119 e segg.; *Sulla liquidazione delle società commerciali*, nella *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, XXX (1900), fasc. I, 2, pag. 21 dell'estr.; Sraffa, *La liquidazione delle società commerciali*, 2^a ed., Firenze, 1899, pag. 144 e segg.).

Una sola di queste deroghe al principio generale sopra accennato ricorderemo, come quella su cui non può esservi questione e che più da vicino ci interessa: ed è la disposizione contenuta spesso negli atti costitutivi o negli statuti, per cui sono poste condizioni alla rappresentanza processuale dei rappresentanti della società, subordinandola a preventive *autorizzazioni* di altri organi sociali, in ispecie del Consiglio di amministrazione (cfr. Rocco, *Società comm.*, pag. 129; Tartufari, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1897, pag. 306; Mattiolo, *Trattato di dir. giudiziario o civile*, 5^a ed., II (Torino 1902), n. 58 in fine; App. Genova 4 gennaio 1884, *Legge*, 1884, I, 311; Cass. Torino, 31 marzo 1898, *Giur. tor.*, 1898, 667). Limitazioni di tal genere sono certamente possibili, ma esse costituiscono eccezioni al principio generale stabilito dalla legge; eccezioni che debbono risultare dall'atto costitutivo o dallo statuto: nel silenzio dell'uno e dell'altro è da ritenere che le persone, le quali hanno la rappresentanza processuale della società, non abbisognino per esercitarla di alcuna preventiva autorizzazione (Rocco, *Società comm.*, pag. 129 ed autori ivi citati).

Il principio generale, che domina tutta questa materia e che occorre tener presente, è dunque appunto che la *rappresentanza processuale*, connessa con la *rappresentanza di diritto materiale*, è di sua natura illimitata e incondizionata, salva espressa disposizione in contrario dell'atto costitutivo o dello statuto.

Ciò premesso, ci è reso più agevole l'esame della questione decisa dalla Corte torinese. L'ipotesi da cui essa parte è quella della regolare costituzione della rappresentanza nel giudizio di merito: il problema sta nel decidere se la rappresentanza processuale della società importa la rappresentanza nel giudizio di Cassazione, o sia limitata soltanto al giudizio di me-

rito. Le decisioni che annotiamo adottano la prima soluzione, sostanzialmente in vista della natura speciale del ricorso per Cassazione, che è un mezzo straordinario, per esperire il quale la legge richiede un mandato *speciale* a questo oggetto (art. 522, 528 cod. proc. civ.; lo stesso è a dirsi per il controricorso: art. 531 cod. proc. civ.). «Per sperimentare il mezzo straordinario del ricorso in Cassazione (dice la Suprema Corte torinese) in rappresentanza altrui, non basta avere la facoltà generica di rappresentarlo in giudizio, ma occorre quella specifica di ricorrere, facoltà che deve essere giustificata, presentandone la prova insieme al mandato ».

Ora, non è difficile rilevarlo, questa argomentazione si basa tutta sulla erronea equiparazione della rappresentanza processuale organica e necessaria delle persone giuridiche, con la rappresentanza processuale *volontaria* delle persone fisiche. La natura della rappresentanza delle persone giuridiche e la posizione dei loro organi deliberativi e rappresentativi è certamente assai dubbia (cfr. su tale questione da ultimo: Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, pag. 45 e segg. 55 e segg.; Hellwig, *Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts*, II, 1907, pag. 325 e segg.; e in Italia, Ranellètti, nella *Rivista di dir. pubblico*, 1909, pag. 17 e segg.; Ferrara F. nella stessa *Rivista*, 1911, pag. 57 e segg.). Ma sicuramente, e su ciò non può esservi dissenso, fra la rappresentanza necessaria ed organica delle persone giuridiche e la rappresentanza volontaria (*procura*, secondo la terminologia adottata da un recente e valoroso scrittore [Nattini, *La dottrina generale della procura*, Milano, 1910]) è una differenza profonda. Le persone giuridiche, mancando della attitudine psicologica a volere, e quindi di una delle condizioni necessarie per l'esercizio dei diritti e delle facoltà contenute nei diritti, hanno, necessariamente, bisogno di persone fisiche che si pongono come loro organi, e che spieghino la propria volontà per la prosecuzione dei loro interessi (v. Rocco, nella *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, pag. 482 e segg.). Questi organi, abbiano essi la semplice facoltà di *formare* la volontà dell'ente (organi *deliberativi*), abbiano invece

anche la facoltà di spiegarla nei rapporti esterni, dichiarandola ai terzi con effetti giuridici rispetto ad esso (organi *rappresentativi*) sono la persona giuridica stessa, in quanto vuole ed agisce giuridicamente; e, *in quanto spiegano la loro volontà per gli interessi dell'ente*, la loro personalità si confonde con la personalità di questo. La persona giuridica non vuole che per mezzo di organi deliberativi; non agisce che per mezzo di organi rappresentativi. Al contrario, nella rappresentanza *volontaria* il rappresentante è una semplice *longa manus* del rappresentato. Vi è sempre una persona fisica pienamente capace dietro il rappresentante che può, quando vuole, sostituirsi ad esso, che può ampliare limitare o anche escludere la facoltà di rappresentare: in breve, si tratta di una rappresentanza che ha la sua ragione d'essere nella *utilità* e non nella *necessità*. Nel caso delle persone giuridiche *non può esservi* che la rappresentanza e la rappresentanza è la regola generale ed assoluta. Nel caso delle persone fisiche capaci (per gli incapaci si ha una posizione analoga a quella delle persone giuridiche), la rappresentanza può esservi e può anche non esservi.

Ora, di fronte a questa situazione così profondamente diversa, non si può, senza violentare la legge, applicare alla rappresentanza necessaria ed organica le norme che sono scritte unicamente per la rappresentanza volontaria, e che solo rispetto a questa hanno una ragione d'essere ed un significato. A tale categoria di norme appartiene indubbiamente il principio, ultimo residuo delle antiche diffidenze contro la rappresentanza, ma che la nostra legislazione indubbiamente consacra, per cui l'agire personalmente è considerato la regola, e l'agire per rappresentante come l'eccezione. Su tale principio, da cui scaturisce necessariamente la presunzione che il conferimento di poteri (*procura*) anche espresso in termini generali, non comprenda se non gli atti che rientrano nella sfera *normale* dell'attività deferita al rappresentato, si basa il sistema del nostro diritto positivo (in ciò assai diverso dal diritto germanico, Nattini, *Procura*, pag. 232), che richiede

una procura *speciale* per taluni atti considerati di particolare importanza, fra cui appunto è il ricorso per Cassazione (art. 522, 528 cod. proc. civ.).

Ma questa regola, è chiaro, non è applicabile che alla rappresentanza volontaria. Essa presuppone che dietro al rappresentante vi sia un rappresentato, capace di agire personalmente. Si ritiene che questi atti particolarmente importanti non siano compresi nelle facoltà normali del rappresentante appunto perchè si è voluto riservare al rappresentato la facoltà di decidere personalmente se compierli e in qual modo compierli. Ma quando dietro al rappresentante non vi è un rappresentato capace di volere e di agire personalmente, ma vi è una persona giuridica, che vuole ed agisce sempre e necessariamente, a mezzo di organi, non v'è più posto per la presunzione che l'agire personalmente sia la regola, e non ha più senso il parlare, rispetto agli organi rappresentativi, di un mandato speciale. Nè vale il dire che, rispetto alle persone giuridiche vi sarà sempre una distinzione tra gli organi *deliberanti* e gli organi *esecutivi*, rispetto alla quale si riproduce la distinzione che esiste, nella rappresentanza volontaria, fra la persona del rappresentante e quella del rappresentato. L'assimilazione sarebbe del tutto erronea, per varie ragioni. Anzitutto non è vero che gli *organi rappresentativi* delle persone giuridiche siano sempre organi puramente *esecutivi*: la distinzione tra organi *deliberanti* e organi *esecutivi* non coincide affatto con la distinzione tra organi *deliberativi* e organi *rappresentativi*; quella ha riguardo alla *misura* entro la quale i singoli organi partecipano alla formazione della volontà dell'ente; questa all'esistenza, o meno, del potere di agire giuridicamente, di fronte ai terzi, in nome della persona giuridica; a rigore, anzi, l'organo rappresentativo, se si vuol distinguerlo dal semplice *nuncius*, deve aver sempre un certo potere deliberante. Ad ogni modo è certo che vi sono organi rappresentativi che riassumono in sè non una parte, ma tutto il potere deliberante, nella sfera di funzioni loro commesse. Rispetto a questi come parlare di una distinzione di

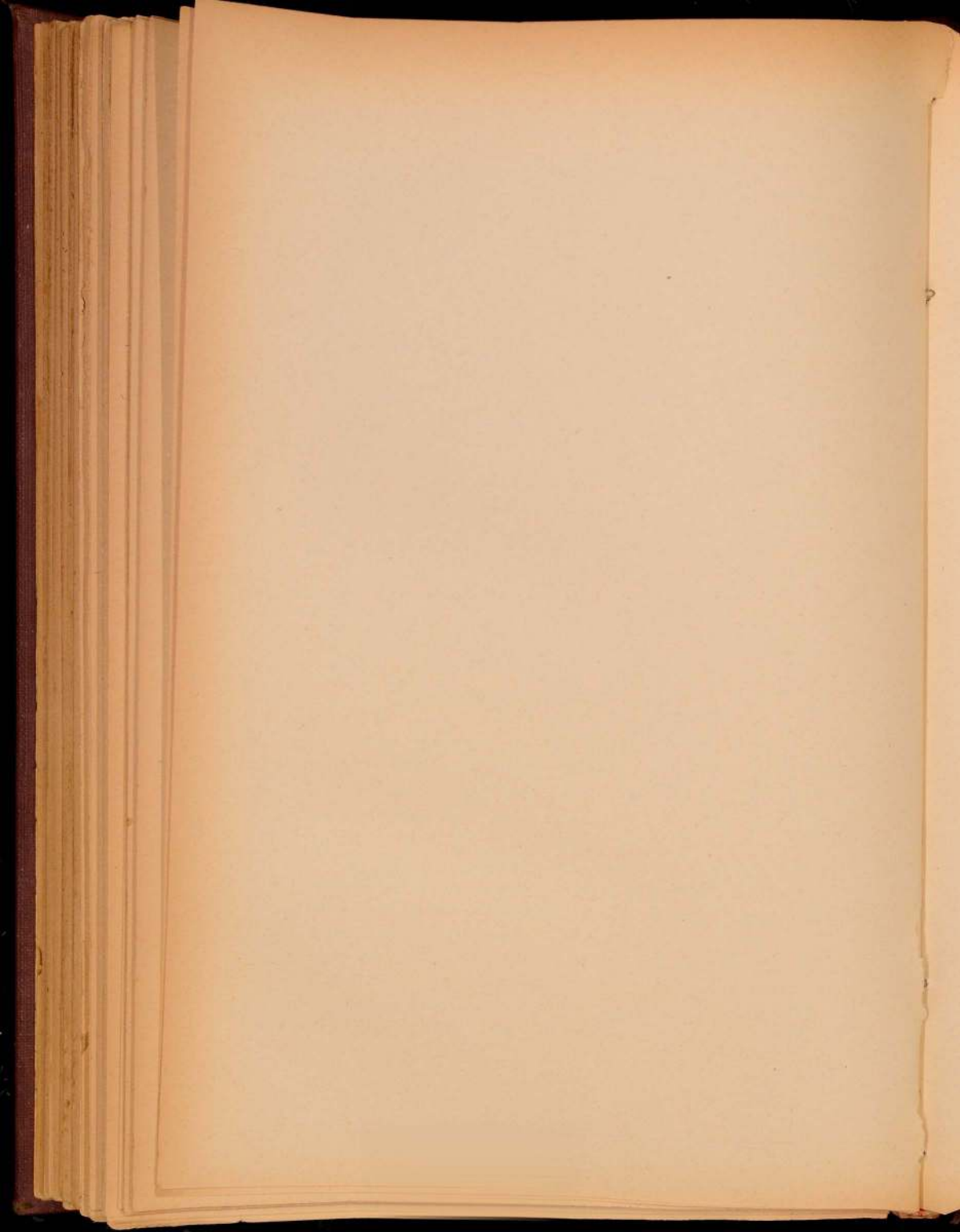
poteri e della possibilità di un conferimento *speciale* di poteri da parte di altri organi? In secondo luogo, ed è questo che particolarmente conta, quando la questione si riduce a pretendere l'intervento di uno piuttosto che di un altro organo della persona giuridica, non si può applicar più la regola che gli atti più importanti debbono essere riservati alla decisione *personale* del rappresentato, ma si deve di necessità riferirsi alle norme che, in concreto, regolano la distribuzione delle funzioni fra gli organi della persona giuridica. Nel caso nostro, l'assemblea dei soci non è più la persona giuridica «società» di quello che sia il Consiglio d'amministrazione o lo amministratore delegato; l'assemblea, come il Consiglio, come l'amministratore delegato sono tutti *organi* della società, e per determinare le facoltà di ciascuno non si può ricorrere alle norme che regolano la rappresentanza volontaria, bisogna stare alle norme statutarie o legislative che regolano il funzionamento della persona giuridica.

Ma, nelle società commerciali, abbiamo visto, la facoltà di rappresentare l'ente in giudizio è normalmente connessa, per disposizione di legge, alla facoltà di rappresentarlo nei rapporti di diritto materiale. Occorre una disposizione *espressa* dello statuto per sottoporre a condizioni tale facoltà, ed è certamente possibile, anzi è frequente il caso che questa condizione consista nell'obbligo fatto agli organi rappresentativi di ottenere una preventiva autorizzazione degli organi deliberativi, sia del Consiglio direttivo, sia dell'assemblea. Ma perchè questa limitazione giunga sino al rigore, praticamente inutile e poco probabile, di richiedere per il giudizio di Cassazione (che in realtà non importa nè maggiori rischi, nè maggiori spese dei giudizi di merito) una autorizzazione *apposita*, e questa precisamente dell'*assemblea*, occorre una norma ben chiara e ben esplicita, dello statuto o dell'atto costitutivo; è del tutto arbitrario, in una materia di stretta interpretazione, come questa, desumere da una limitazione un'altra limitazione non espressa, e desumerla determinando cervelotticamente nell'*assemblea* l'organo competente a legittimare la rappresentanza.

Il codice di procedura, è vero, richiede, nell'art. 522, il mandato speciale per ricorrere in Cassazione; ma ciò significa solo che l'avvocato, il quale rappresenta la società in Cassazione, deve essere munito di un mandato speciale da parte dell'organo rappresentativo della società; non già che l'organo rappresentativo, deve, alla sua volta, esser munito di un altro mandato speciale! L'interpretazione della Corte torinese porta proprio ad estendere la norma eccezionale dell'art. 522 dall'avvocato all'organo che ha la rappresentanza in giudizio. E di questo passo si può andare innanzi fin che si vuole. Perchè se il rappresentante in giudizio della società, non è la società, neppure il Consiglio d'amministrazione è la società, e neppure l'assemblea è la società, e con lo stesso, identico ragionamento si può finire col non accontentarsi neppure di un mandato dell'assemblea, e richiedere addirittura una disposizione espressa dell'atto costitutivo, e, chi sa forse col sentenziare, che le società commerciali non possono in nessun modo ricorrere in Cassazione!

In verità, nè dall'art. 522, nè dalla natura del giudizio di Cassazione si può trarre alcun argomento a favore della tesi propugnata dalla Corte di Torino. L'articolo 522 (e ciò che si dice per questo articolo, che concerne il ricorso, vale anche per l'art. 531, che concerne il controricorso), è, pei suoi stessi termini, inapplicabile ai rapporti tra l'assemblea e gli organi investiti della rappresentanza processuale della società. L'art. 522 esige un *mandato*, parla quindi di un negozio giuridico, anzi, per essere più precisi, di un *contratto*, che deve intercedere fra la parte ricorrente e l'avvocato, in virtù del quale questo resta abilitato in modo speciale a rappresentarla in Cassazione, appunto in vista della presunta particolare importanza del giudizio di Cassazione. Ma un negozio giuridico di questo genere, l'assemblea non può compierlo. L'assemblea è un organo *puramente deliberativo*, destinato a *formare*, non a *dichiarare* la volontà dell'ente sociale, che può *autorizzare* gli organi rappresentativi a porre in essere negozi giuridici, ma non può compierli essa medesima. Su ciò non può cader

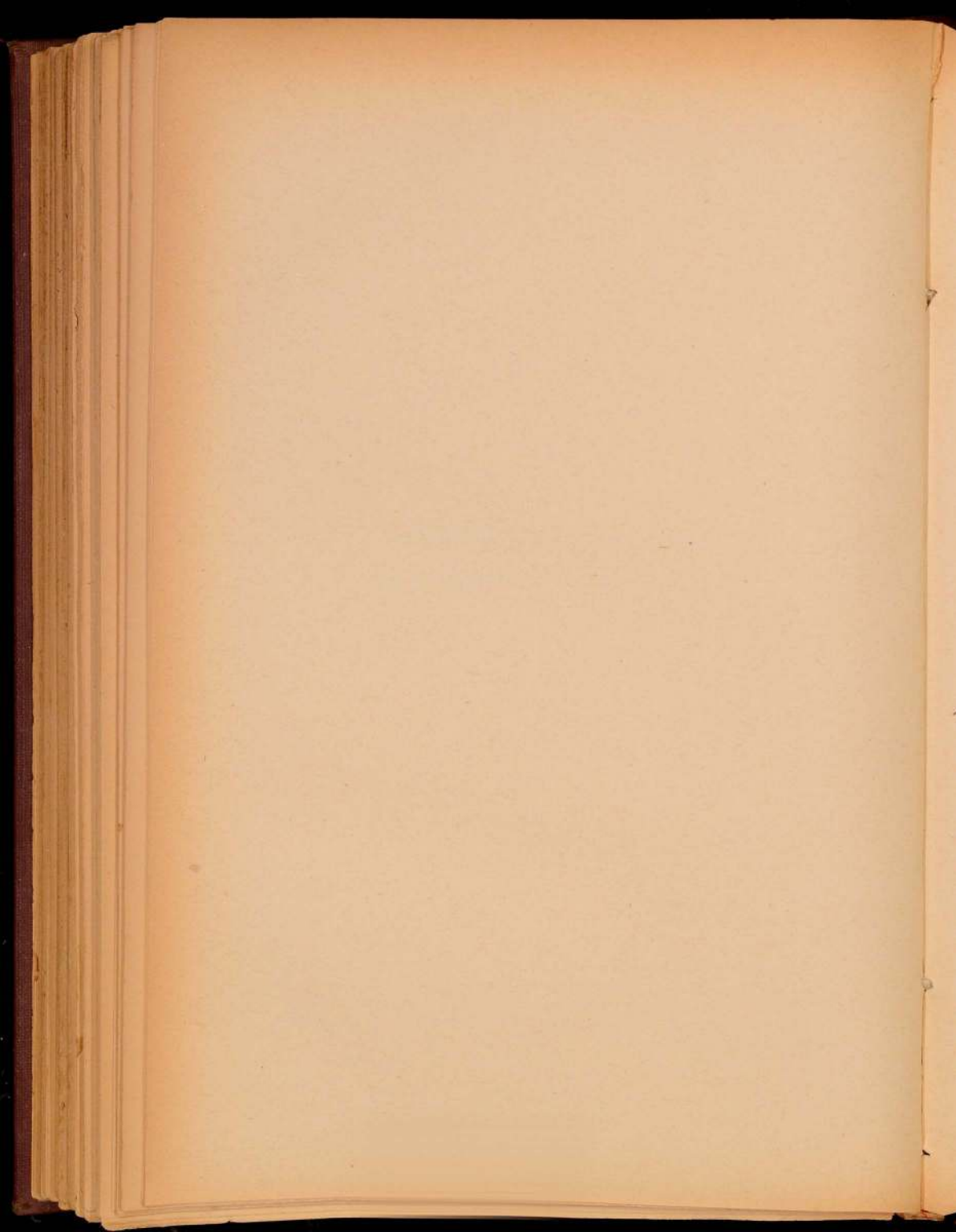
dubbio. Nessun contratto, nessun negozio giuridico può dirsi veramente concluso con effetti vincolativi per la società finchè non intervenga una dichiarazione di volontà fatta ai terzi dai legali rappresentanti di quella; fino a questo momento la deliberazione dell'assemblea rimane un atto interno della società, che può restare ignoto ai terzi e di cui questi non hanno mezzo per ottenere legalmente notizia. La giurisprudenza della Cassazione torinese trasforma dunque l'obbligo del *mandato speciale*, stabilito dall'art. 522, nell'obbligo di una *autorizzazione speciale*, che, nel silenzio dello statuto, è affatto arbitrario richiedere, confondendo così concetti ed istituti fra loro ben distinti, estendendo una norma, già per sè eccezionale, come quella dell'art. 522, fuori del campo proprio della sua applicazione, e creando intralci non giustificati alla difesa giudiziale delle società.



MODIFICAZIONI ALLO STATUTO
DELLE SOCIETÀ IRREGOLARI *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1912. Nota alla sentenza 12 maggio 1911 della Corte d'appello di Firenze, la quale ritenne:

« Le modificazioni all'atto costitutivo e allo statuto delle società irregolari non hanno efficacia se non sono trascritte e pubblicate a norma degli art. 90, 91 e 96 cod. commercio.



Fino ad alcuni anni addietro la questione decisa dalla Corte di Firenze era stata più accennata che discussa, ma gli scrittori e i giudicati che di solito, incidentalmente, avevano avuto occasione di occuparsene, si erano manifestati, per lo più, in favore della opinione che ritiene doversi la norma dell'articolo 96, che impone la trascrizione e pubblicazione degli atti modificativi degli statuti, applicare non solo alle società regolarmente costituite, ma anche, e a maggior ragione, alle società non regolarmente costituite.

In questo senso si erano pronunciati, nella giurisprudenza, la Cass. di Torino, 3 dicembre 1895, *Monit. Trib.*, 1896, 186; la Corte d'app. di Venezia, 18 dicembre 1898, *Temi veneta*, 1899, 106; la Corte d'app. di Milano, 5 novembre 1899, *Monit. Trib.*, 1899, 206; la Corte d'app. di Genova, 30 dicembre 1898, *Monit. Trib.*, 1899, 234; la Cass. di Palermo, 6 luglio 1899, *Dir. Comm.*, 1899, 939; la Corte d'app. di Genova, 18 febbraio 1902, *Dir. Comm.*, 1902, 778; la Corte d'app. di Milano, 12 marzo 1903, *Mon. Trib.*, 1903, 388; e nella dottrina il Vivante, *Trattato di dir. Comm.*, 1^a ediz., I, n. 305; 2^a ed., II, n. 331; il Bensa, *Foro it.*, 1903, I, 1369; il Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, II, parte 3^a, n. 675. Non mancavano però anche allora, voci discordanti; citeremo così la sentenza della Corte d'app. di Brescia, del 31 marzo 1896, *Mon. Trib.*, 1896, 501.

Ma dopo il 1903 la corrente contraria alla applicazione dell'art. 96 alle società irregolari si rafforza; e l'opinione, che ritiene validi i mutamenti dell'atto costitutivo (e in specie lo scioglimento anche anticipato) delle società irregolari non pubblicate, si afferma, specie in giurisprudenza. Cominciò il Tribunale di Messina con la sentenza 27 luglio 1903, *Foro it.*, 1903, I, 1369, confermata dalla Corte d'app. di Messina, 6 luglio 1904, *Foro it.*, 1905, I, 755, a dichiarare che il recesso di un socio nelle società in nome collettivo irregolari è efficace anche se non pubblicato. Ma più di recente ancora l'opinione sopra accennata venne accolta dalla Cassazione di Firenze, che in due successive sentenze 12 giugno 1909, *Foro it.*, 1909, I, 895 e 14 febbraio 1910, *Riv. di dir. comm.*, 1910, I, 574, ritenne che nelle società irregolari le modificazioni allo statuto sociale, e in specie lo scioglimento, il recesso e la esclusione dei soci, sono efficaci di fronte ai terzi, anche se non furono adempiute le formalità della pubblicazione ai sensi degli articoli 90, 93 e 96 cod. commercio. All'opinione dominante, tuttavia, è restata fedele la Corte di appello di Firenze, nella sentenza 14 aprile 1908, *Foro it.*, 1908, I, 1204, e in questa che annotiamo. In questo senso v. anche Angelini Rota, *Foro it.*, 1909, I, 895, e *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 574.

Si tratta dunque di una questione assai grave, e nella quale ambedue le opinioni in contrasto si appoggiano su autorità considerevoli dottrinali e giurisprudenziali; tuttavia io non esito ad affermare che l'opinione, accolta dalla Cassazione di Firenze e respinta dalla Corte d'appello della stessa città, secondo la quale l'art. 96 non è applicabile alle società irregolari, è giuridicamente e logicamente la più fondata. Ed ecco per quali ragioni.

Sta anzitutto per questa dottrina un argomento letterale, desunto dalla stessa formulazione dell'art. 96, in cui è stabilito l'obbligo della trascrizione e pubblicazione per gli atti modificativi dello statuto. Dice l'art. 96:

« La mutazione, il recesso o l'esclusione dei soci, i cambiamenti della ragione sociale, della sede e dell'oggetto della

società, o dei soci che hanno la firma sociale, la riduzione, l'aumento o la reintegrazione del capitale, lo scioglimento anteriore al termine stabilito nel contratto, la fusione con altre società e la prorogazione oltre il termine suddetto, devono risultare, per le società in nome collettivo e in accomandita semplice, da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci, e gli atti relativi devono essere depositati, trascritti, affissi e pubblicati per estratto, secondo le disposizioni degli articoli precedenti.

« *Gli atti suddetti, e in generale tutti i cambiamenti, introdotti nelle disposizioni dell'atto costitutivo o dello statuto delle società in accomandita per azioni ed anonime, devono risultare da deliberazione, presa in conformità alle prescrizioni della legge o dell'atto costitutivo, o dello statuto e depositata nella cancelleria del tribunale civile per la verifica dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge e per l'autorizzazione della trascrizione nel registro delle società, e devono essere trascritti, affissi e pubblicati secondo le disposizioni degli art. 91, 94 e 95.* »

Si noti dunque come la enumerazione dei possibili mutamenti, fatta nella prima parte dell'articolo (e richiamata nella seconda per le società in accomandita per azioni ed anonime), corrisponda punto per punto alla enumerazione dei requisiti dell'atto costitutivo contenuto nell'art. 88. Come l'art. 88 (n. 1) impone l'indicazione esatta dei soci, così l'art. 106 vuole la pubblicazione di ogni mutamento nelle persone dei soci (*la mutazione, il recesso e l'esclusione dei soci* devono essere pubblicati, dice l'articolo). Come l'art. 88 (n. 2) impone l'indicazione della ragione sociale e della sede della società, così lo art. 96 stabilisce che si pubblicino *i cambiamenti della ragione sociale e della sede della società*. Come l'art. 88 (n. 3) prescrive la determinazione dei soci aventi la firma sociale, così l'art. 96 ordina la pubblicazione dei mutamenti avvenuti rispetto ai soci che hanno la firma sociale. Come l'art. 88 esige la indicazione dell'oggetto della società, e del modo con cui si forma il capitale (n. 4), così l'art. 96 vuole che siano pub-

blicati i cambiamenti dell'oggetto e la riduzione, l'aumento o la reintegrazione del capitale. Come, infine, l'art. 88 (n. 6) prescrive l'indicazione del tempo in cui la società deve incominciare e quello in cui deve finire, così l'art. 96 stabilisce che siano pubblicati *lo scioglimento anteriore al termine stabilito nel contratto, la fusione con altre società e la prorogazione oltre il termine suddetto*. Solo un elemento del contratto sociale, disciplinato dall'art. 86, non si trova contemplato nell'art. 96: la partecipazione di ciascun socio agli utili e alle perdite; ma l'omissione si giustifica forse per la ragione che tale indicazione interessa solo i soci e non anche i terzi; e che perciò l'art. 96 ha consentito che le modificazioni recate a questa parte del contratto non fossero pubblicate. Ma del resto è evidente che *l'art. 96 ha contemplato il contratto sociale così come deve risultare dalle prescrizioni dell'art. 88*.

E ciò che si dice per l'art. 96 in relazione all'art. 88 riguardo alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, vale anche per l'art. 96 in relazione all'art. 89, riguardo alle società in accomandita per azioni ed anonime. La ripetizione dell'enumerazione, completata dal richiamo generico a tutte le indicazioni dell'atto costitutivo e dello statuto (articolo 96 capov.), significa appunto che l'art. 96, seconda parte, ha inteso riferirsi all'atto costitutivo *completo, con tutte le indicazioni dell'art. 89*.

Ma se ciò è, è chiaro che l'art. 96 contempla e presuppone una società avente un atto costitutivo in regola con gli articoli 88 e 89. La stessa formulazione dell'art. 96 importa che esso si riferisca alle società, il cui atto costitutivo contenga la determinazione di tutti quegli elementi, la cui modificazione deve essere pubblicata, a termini dello stesso articolo.

E ragionevolmente l'art. 96 ha presupposto una società con l'atto costitutivo in regola. L'art. 96 concerne le *modificazioni* delle varie condizioni del contratto sociale: ma si può *modificare* solo ciò che *esiste*. Ora, nelle società irregolari spesso, molte delle condizioni e dei patti contrattuali contemplati nell'art. 96 *non esistono*. Si tratta (e ciò vale specialmente

per le società di persone) di contratti stipulati verbalmente, o risultanti da lettere e dichiarazioni incomplete, in cui nè la ragione sociale, nè la sede della società, nè l'oggetto della società, nè il capitale sociale, nè la durata della società sono determinati con precisione. Quando tali patti *non ci sono*, come si fa a parlare di *mutamenti*, ad essi arrecati? Evidentemente, in tali condizioni, l'art. 96 è inapplicabile.

La stessa formulazione dell'art. 96 esclude dunque la sua applicabilità alle società irregolari. Ma alla stessa conclusione conduce un'analisi più approfondita del fondamento pratico e della natura giuridica dell'istituto che esso disciplina.

Lo scopo pratico che la legge si propone di conseguire con l'art. 96 è semplice. Prescritta, negli articoli 90 e segg., la pubblicità degli atti di *costituzione* delle società commerciali nella loro redazione comprendente gli elementi indicati dagli articoli 98 e 99, ne veniva di necessità l'esigenza di prescrivere altresì la pubblicità degli atti implicanti modificazione degli atti costitutivi. Se i terzi debbono essere informati di tutte le condizioni dell'atto che regola la vita delle società, ciò importa che essi conoscano l'atto costitutivo *come è attualmente*, e non già *come era al momento in cui fu fondata la società*. La pubblicità degli atti successivi e modificativi è un puro e semplice *completamento* della pubblicità dell'atto *iniziale*, con cui si costituì la società: gli art. 96 e segg. sono un completamento degli art. 90 e segg. Ma, come gli art. 90 e segg. presuppongono gli art. 88 e 89, così gli articoli 96 e segg. presuppongono non solo, al pari di quelli, gli art. 88 e 89, ma anche gli stessi articoli 90 e segg. di cui sono il completamento. Si capisce che dove è un atto costitutivo iniziale in regola, regolarmente pubblicato, le modificazioni debbano essere pubblicate, perchè i terzi hanno ragione di affidarsi a ciò che è pubblicato; infatti solo ciò che è pubblicato è legalmente noto ai terzi. Ma dove, come nelle società irregolari, l'atto costitutivo *iniziale* non è pubblicato, anzi, spesso non esiste neppure come documento legale e completo, non si sa che importanza e che scopo pratico possa avere la pub-

blicazione degli atti successivi *modificativi*: non vi è alcuna ragione o necessità di far conoscere ai terzi la modificazione di una condizione di cose che essi legalmente ignorano. La utilità di conoscere l'atto *modificante* dipende tutta da ciò che si conosce l'atto *modificato*: se questo è ignorato, non importa che sia conosciuto quello. Dirò di più: bene spesso l'atto modificativo diventa incomprensibile, se non lo si pone a raffronto e lo si completa con l'atto modificato. Così, ad esempio, se non si sa a quale epoca, nell'atto costitutivo iniziale, fu determinata la durata della società, che valore può avere l'apprendere, mediante la pubblicità, che la società è *prorogata di tre anni*? a chi ignora chi sono i soci aventi la firma sociale, secondo l'atto costitutivo, che cosa importa sapere che, in seguito a una successiva modificazione, il socio X *non avrà* d'ora innanzi, la firma sociale? E così gli esempi si potrebbero moltiplicare. La verità è che nelle società irregolari la esistenza della società è appresa dai fatti, dalle manifestazioni della sua vita; non vi è quindi alcuna ragione che *i diversi modi di essere* di questa esistenza si apprendano diversamente.

Ma, oltre che lo scopo pratico, anche la natura stessa dell'istituto ci rivela la impossibilità di applicarlo alle società irregolari. La pubblicazione dell'atto modificativo presuppone di necessità già avvenuta la pubblicazione dell'atto modificato. L'atto modificativo non ha, nè praticamente, nè concettualmente, una esistenza autonoma: esiste, in quanto c'è l'atto modificato, non lo si comprende, se non in relazione all'atto modificato. Far conoscere, pubblicare la *sola* modificazione, è una impossibilità logica, oltre che una inutilità pratica. La pubblicazione dell'atto modificativo, quando l'atto modificativo non era stato precedentemente già pubblicato non significa che questo: pubblicare per la prima volta l'atto costitutivo *quale risulta* dalle modificazioni. Si è perciò, necessariamente, fuori del campo degli art. 96 e segg., e in quello invece degli art. 90 e 91. Per conseguenza l'obbligo di pubblicare le modificazioni si risolve, per le società irregolari, nell'obbligo di pubblicare l'atto costitutivo e si confonde con

esso. Le società irregolari debbono pubblicare il loro contratto sociale *come è attualmente*, senza distinguere, se si è formato in un pezzo o in più pezzi, in un momento solo o in più momenti successivi. In conclusione, per le società irregolari non esiste logicamente un obbligo di pubblicare gli atti modificativi distinto da quello di pubblicare l'atto costitutivo originario.

Queste le tre ragioni fondamentali, desunte dalla lettera della legge, dallo scopo e dalla funzione pratica dell'istituto, e infine dal fondamento giuridico della disposizione che lo consacra, le quali convincono della inapplicabilità dell'art. 96 alle società irregolari. Altre ragioni secondarie ancora confortano questa opinione. Infatti:

1° La pubblicazione dei soli atti modificativi, separati dall'atto costitutivo iniziale non è una garanzia per i terzi: anzi, può convertirsi per essi in una insidia. Abbiamo veduto che il conoscere l'atto modificativo senza conoscere l'atto costitutivo equivalga spesso a non saper nulla di nulla. Aggiungiamo ora che mediante la pubblicazione di pretesi atti modificativi si può far credere alla esistenza di condizioni che realmente non erano contenute nell'atto costitutivo iniziale; quella pubblicazione può dunque diventare un mezzo per trarre in inganno i terzi.

2° In molti casi, e precisamente in quelli (che sono la maggioranza) nei quali la società irregolare si costituisce senza uno scritto contenente tutte le condizioni e gli elementi del contratto sociale, diverrebbe praticamente malagevole distinguere fra atti posteriori costituenti *modificazioni* e atti costituenti *integrazioni* del contratto iniziale: e questa inevitabile confusione porterebbe con sè gravi conseguenze, perchè, come è noto, altro è il trattamento fatto dalla legge all'atto costitutivo *iniziale* non regolare, altro è il trattamento fatto agli atti modificativi irregolari; il primo è colpito semplicemente dalle sanzioni degli articoli 98 e 99, mentre i secondi sono nulli (art. 96 e 100) e secondo taluni, nulli di nullità *assoluta*; questa confusione porterebbe a dichiarar *nulli* atti che sono

semplicemente *irregolari* a termini e con le conseguenze degli articoli 98 e 99.

Tutto ciò dimostra quanto sieno deboli gli argomenti addotti a sostegno della tesi favorevole alla applicabilità dello art. 90 alle società irregolari, argomenti che si trovano riassunti specialmente nel passo più sopra citato del Manara (*Società*, II, 3, n. 675) e nelle due note dell'Angelini Rota (*Foro it.*, 1909, I, 895 e *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 574).

L'esame di questi argomenti costituirà la miglior riprova della giustezza delle nostre opinioni e servirà a toglier di mezzo tutti i dubbi e tutte le possibili obiezioni.

Si dice adunque:

1° che gli articoli 96 e 100 non distinguono tra società irregolari e regolari, e che nel silenzio della legge vale il principio generale per cui alle società irregolari si applicano tutte le norme concernenti le società regolarmente costituite;

2° che, esonerando le società irregolari dall'obbligo di pubblicare i mutamenti dell'atto costitutivo, si pongono queste società in condizioni più favorevoli delle società regolari, e si premia la violazione della legge;

3° che i motivi, i quali impongono la pubblicazione dell'atto costitutivo delle società, valgono anche, a più forte ragione, per i successivi mutamenti.

Rispondiamo brevemente a queste osservazioni:

1° se negli articoli 96 e 100 la distinzione tra società regolari e irregolari non è fatta *esplicitamente* è fatta però, ad evidenza, *implicitamente*, come abbiamo più sopra dimostrato: da un canto la *formulazione* stessa dell'art. 96, che è la disposizione fondamentale in materia, e a cui l'art. 100 si richiama, prova che la legge, disciplinando i mutamenti dell'atto costitutivo, ha presupposto una società regolarmente costituita, e un contratto sociale in regola con gli articoli 88 e 89; dall'altro canto *lo scopo* e *il fondamento* della norma contenuta negli articoli 96 e 100 dimostra il collegamento strettissimo, pratico e logico, della pubblicità degli atti *successivi* con la pubblicità dell'atto *iniziale*. Vi è dunque, nella forma

e nella sostanza di queste due disposizioni, quanto basta per dedurne con sicurezza, che esse presuppongono di necessità una società regolarmente costituita. E ciò a prescindere dalla questione, assai discutibile, se veramente, in via di principio, alle società irregolari si applichino tutte le norme concernenti le società regolari.

2º Non è vero che, nella nostra interpretazione, si faccia alle società irregolari una condizione privilegiata e si premi la violazione della legge. La verità è che nelle società irregolari, che non hanno pubblicato *nulla*, nè atto iniziale, nè modificazioni successive, non vi può essere un obbligo di pubblicare l'atto iniziale, distinto da quello di pubblicare gli atti successivi: l'un obbligo si confonde e si identifica con l'altro. Non esiste un obbligo di far conoscere ai terzi la *storia* della formazione del contratto sociale: esiste solo l'obbligo di far conoscere il contratto sociale. La condizione delle società irregolari non è dunque *privilegiata* di fronte a quella delle società regolari; è semplicemente *diversa*. Le società regolari hanno un atto costitutivo *definitivamente formato e noto ai terzi*; è ben naturale che, se vogliono modificarlo, anche le modificazioni debbano essere rese note ai terzi, i quali, ad ogni momento, hanno diritto di conoscere l'atto costitutivo *come è*, non *come era*. Le società irregolari, invece, hanno un atto costitutivo *legalmente ignoto* ai terzi: quando esse hanno pubblicato l'atto costitutivo *come è attualmente*, il voto della legge è soddisfatto. Non vi è, in realtà, alcuna differenza di trattamento: società regolari e società irregolari hanno tutte ugualmente l'obbligo di far conoscere l'atto costitutivo *come è attualmente*. E non vi è, in conseguenza, alcun premio alla violazione della legge. La legge non è violata perchè l'atto costitutivo si è formato in più tempi; nessuna norma impone di formare il contratto sociale in un tempo solo e nessuna sanzione la ribadisce (sono i nostri contraddittori che creano di sana pianta questa norma e una relativa sanzione di nullità, nientedimeno!). La legge, nelle società irregolari, è violata perchè l'atto costitutivo non è stato pubblicato; quando

si dice che l'atto costitutivo, com'è attualmente, deve essere pubblicato si dice tutto, senza aggiungere obbligo a obbligo, sanzione a sanzione.

3° È ben naturale, in ultimo, che se deve essere pubblicato l'atto costitutivo iniziale, debbano essere pubblicati anche i successivi mutamenti. Ma ciò non importa punto che debbano essere pubblicati *i soli mutamenti*, quando l'atto costitutivo iniziale non è stato pubblicato, e meno ancora che si debba, riguardo alle sanzioni, far differenza tra mancata pubblicazione dell'atto iniziale e mancata pubblicazione degli atti modificativi, colpendo la prima con le sole conseguenze degli art. 98 e 99, e la seconda con la nullità assoluta degli art. 96 e 100. È, invece, ben logico che si colpisca più duramente l'omessa pubblicazione degli atti modificativi, quando l'atto iniziale è stato pubblicato, che non l'omessa pubblicazione di tutti gli atti, iniziali e successivi, da cui risulta il contratto sociale. Pubblicare infatti l'atto iniziale e non le modificazioni è trarre in inganno i terzi, a cui si fa credere falsamente che quello soltanto continui a regolare la vita della società; mentre, quando nulla è pubblicato, i terzi sanno che, se vogliono conoscere nella sua portata attuale il contratto di società, debbono tener conto di tutte le manifestazioni della volontà dei soci, originarie e successive.

EFFICACIA DELLE MODIFICAZIONI
ALL'ATTO COSTITUTIVO O ALLO STATUTO
DI UNA SOCIETÀ IRREGOLARE
NON TRASCRITTE E NON PUBBLICATE *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1913. Nota alla sentenza 27 marzo 1913 del Tribunale di Milano, il quale decise:

« Le società irregolari debbono sottostare, per le successive trasformazioni, alle norme prescritte per le società regolari, e quindi le modificazioni all'atto costitutivo e allo statuto non hanno efficacia se non sono trascritte e pubblicate a norma di legge.

In una nota* alla sentenza 12 maggio 1912 della Corte d'appello di Firenze (*Rivista di diritto commerciale*, 1912, II, pagina 418 e segg.) espressi l'opinione che l'art. 96 cod. di comm., il quale, a pena di assoluta nullità, esige la trascrizione e la pubblicazione degli atti modificativi dello statuto di una società commerciale, non sia applicabile che alle società regolarmente costituite, e non anche alle società irregolari.

Nello stesso fascicolo della *Rivista di diritto commerciale* il prof. Cesare Vivante, recedendo dalla opinione precedentemente accolta nel suo *Trattato di diritto commerciale*, si pronunciava per l'inapplicabilità degli art. 96 e 100 alle società irregolarmente costituite (*Rivista di dir. comm.*, 1912, I, 405 e segg.); e lo stesso insegnamento accolse egli nella quarta edizione del *Trattato* (Milano, 1912, II, pag. 97 e segg.).

Gli argomenti, sui quali appoggiavo la mia opinione, erano i seguenti:

I. Un argomento *letterale* desumevo dalla formulazione stessa dell'art. 96 che, enumerando tutti i vari mutamenti che si possono apportare all'atto costitutivo o allo statuto, ricorda precisamente le diverse indicazioni prescritte per la formazione dell'atto costitutivo e dello statuto dagli art. 88 e 89, e quindi presuppone una società con lo statuto e l'atto costitutivo *in regola cogli articoli predetti*.

II. Un secondo argomento desumevo dallo *scopo* e dalla

* Riportata *retro*, pag. 390.

ragione della legge; la quale, evidentemente, ha prescritto la pubblicità degli *atti modificativi*, in quanto aveva già prescritto la pubblicità dell'atto *costitutivo*, e nel presupposto che l'atto costitutivo sia pubblicato: dove è un atto costitutivo iniziale in regola, regolarmente pubblicato, si comprende che debbano essere pubblicate le modificazioni, perchè i terzi hanno ragione di affidarsi a ciò che è pubblicato; ma dove, come nelle società irregolari, l'atto costitutivo iniziale non è pubblicato, anzi, spesso non esiste neppure come documento legale e completo, non ha più importanza nè scopo pratico la pubblicazione degli atti successivi modificativi; non vi è alcuna necessità di far conoscere ai terzi la modificazione di una condizione di cose, che essi legalmente ignorano.

III. Un altro argomento desumevo dalla *natura giuridica* dell'istituto disciplinato dagli art. 96 e segg., che ne limita il campo di applicazione alle società regolari; giacchè nelle sole società regolarmente costituite, si può parlare, legalmente, di una *modificazione* all'atto costitutivo, che possa e debba esser pubblicato *isolatamente*. Nelle società irregolari, invece, che non hanno un atto costitutivo legalmente formato, le modificazioni ai patti iniziali non sono vere e proprie modificazioni all'atto costitutivo, ma sono *fasi* della formazione *successiva* dell'atto costitutivo quando non è pubblicato nulla, nè patti iniziali, nè modificazioni successive, non vi può essere un obbligo di pubblicare l'atto iniziale, distinto da quello di pubblicare gli atti successivi: l'un obbligo si confonde con l'altro. Le società irregolari debbono pubblicare il loro contratto sociale *come è attualmente*, senza distinguere se si è formato in un pezzo o in più pezzi, in un momento solo o in più momenti successivi. Si è perciò fuori del campo degli art. 96 e 100, e in quello invece degli art. 90 e 91, in relazione agli art. 98 e 99.

IV. Un quarto argomento sussidiario e pratico desumevo da ciò, che la pubblicazione dei soli atti successivi, separati dall'atto iniziale non è una garanzia pei terzi, anzi può convertirsi per essi in una insidia. Spesso conoscere l'atto ini-

ziale equivale a non sapere nè capir nulla; inoltre è anche possibile che con la pubblicazione di pretesi atti modificativi, si tenti di far credere alla esistenza di condizioni non contenute effettivamente nell'atto iniziale.

V. Un ultimo argomento, pur d'indole pratica, desumevo dalla confusione che facilmente si verificherebbe, nei casi, frequentissimi, in cui la società irregolare non ha neppure uno scritto contenente tutte le indicazioni e gli elementi del contratto sociale, tra gli atti posteriori contenenti vere *modificazioni*, e quelli contenenti semplici *integrazioni* dell'atto iniziale; la qual confusione porterebbe con sè gravi conseguenze, per il diverso trattamento che la legge fa all'atto *costitutivo non regolare*, che dà luogo semplicemente alle sanzioni degli art. 98 e 99, e alle *modificazioni* irregolari, che invece sono addirittura *nulle*, per gli art. 96 e 100, e secondo taluni, di nullità *assoluta*.

A questi argomenti si debbono aggiungere quelli addotti ed illustrati dal Vivante:

I. Se sono valide ed efficaci di fronte ai terzi le condizioni originarie del contratto di società, ancorchè non siano state pubblicate (è noto infatti che l'atto costitutivo irregolare non è inefficace, ma dà luogo semplicemente alle sanzioni degli art. 98 e 99), è logico che non si esiga di più per i cambiamenti che vi sono introdotti successivamente.

II. Nessuna disposizione di legge autorizza i terzi a contare sulla stabilità del contratto originario, e ad escludere i cambiamenti che si sono posteriormente introdotti; si capisce che nel caso di società regolare i terzi possano contare sulla stabilità del contratto sociale, che fu debitamente pubblicato, finchè un'altra pubblicazione non abbia dato notizia del suo cambiamento; ma se il contratto sociale non fu pubblicato, esso non vale nulla più del cambiamento che vi fu introdotto. Ed infatti la legge, nell'art. 99, riconosce questo principio ammettendo che lo scioglimento della società irregolare opera *dal giorno della domanda*, e non dal giorno della pubblicazione della sentenza che dichiara lo scioglimento.

III. Per il regolamento esecutivo del codice di commercio (art. 7, cap. 2° e 8°, n. 10 e 9) la trascrizione del cambiamento nel registro delle società non può farsi, se nel registro stesso non è stato trascritto già l'atto costitutivo.

IV. Infine, la dottrina che considera inesistenti i cambiamenti non pubblicati, conduce a conseguenze inique e disastrose. Si sono veduti casi di soci ritirati da molti anni dal commercio, emigrati fuori d'Italia, dopo aver receduto da una società irregolare: di eredi di un socio, perseguitati dopo molti anni dai creditori di una società condotta al fallimento dai soci superstiti.

Questi argomenti rimangono ancora, nel loro nucleo sostanziale, inconfutati: taluni, tuttavia, sono stati oggetto di critiche, che converrà qui brevemente esaminare.

Si è creduto anzitutto di poter eliminare l'argomento *letterale* da me invocato, ricordando che, se pure, la legge, nell'art. 96, ha avuto presente le società regolarmente costituite, ciò non impedisce di ritenere applicabile lo stesso articolo anche alle società irregolari, quando l'interpretazione della norma imponga di giungere a questo risultato. La risposta è semplice. Se per decidere dell'applicabilità o meno di una disposizione di legge alle società irregolari, bisogna *interpretarla*, non si dovrà trascurare quell'elemento importante della interpretazione che è la *lettera* della legge; l'interpretazione letterale è altrettanto interpretazione quanto l'interpretazione logica. Sta bene che l'elemento letterale non è che *un* elemento dell'interpretazione, e non *l'unico*, ma non per questo è trascurabile o irrilevante. Or quando la formulazione, la lettera di una disposizione legislativa dimostra che essa concerne le società regolari e non le irregolari, questo è certo un buon argomento per concludere che la norma debba applicarsi alle società regolari soltanto. L'interpretazione logica conduce a risultati diversi? Può darsi; ma bisogna dimostrarlo; fino a che la *discrepanza* tra la volontà contenuta nella legge e la sua materiale formulazione non sia dimostrata, l'argomento dedotto dalla formula legislativa conserva intatto il suo va-

lore. È perciò completamente in errore chi afferma doversi, mediante l'interpretazione logica dell'art. 96, dimostrarne l'*inapplicabilità* alle società irregolari. Niente affatto: questo è un invertire arbitrariamente i termini logici del problema. Al contrario, di fronte alla espressione letterale dell'art. 96, è la sua *applicabilità* alle società irregolari che bisogna dimostrare. Orbene, questa dimostrazione *positiva* non è stata da alcuno tentata, mentre il Vivante ed io avevamo dato anche la prova *negativa* della inapplicabilità dell'art. 96 alle società irregolari, in base alla interpretazione *logica* dell'articolo stesso.

Invece ci si limita ad una critica *parziale* ed *incompleta* della nostra dimostrazione, che non resiste al più sommario esame.

Si afferma anzitutto che tutti i nostri ragionamenti sono dominati da un errore, da noi più o meno voluto per comodo di polemica, e che consiste nel ritenere come irregolari solo le società che non hanno per nulla un atto costitutivo, o che non lo hanno in nessun modo pubblicato; mentre è, invece, irregolare, anche una società che ha ommesso una sola e singola formalità di pubblicazione (per es. la pubblicazione nel *Bollettino ufficiale delle società per azioni*). Ora, si dice, proprio nel caso in cui sia omessa la sola ultima formalità della pubblicazione nel Bollettino, si avrebbe, nella opinione che noi accogliamo, la conseguenza enorme che i terzi, i quali insomma, malgrado la pubblicità incompleta, conoscono l'atto costitutivo iniziale, potrebbero vedersi opposte le modificazioni non pubblicate affatto.

Ma il preteso errore fondamentale non esiste. Non v'è una delle mie argomentazioni che si fondi su questo concetto errato della società irregolare. Io ho dimostrato che l'art. 90, nella sua letterale formulazione, si riferisce ad una società in regola con gli art. 88 e 89, e dalla circostanza che la legge ha contemplato appunto le società con un atto costitutivo in regola con la legge, ho desunto che essa si riferisce alle società in regola con la legge: ma non ho detto punto che

basti che una società sia in regola con gli art. 88 e 89 perchè sia una società regolare. Per dimostrare che il mio ragionamento è sbagliato, non basta dire che le formalità degli articoli 88 e 89 non sono *tutte* le formalità che occorrono per la legale costituzione delle società; bisognerebbe dimostrare che le formalità predette non sono formalità richieste per la legale costituzione, il che è un assurdo. Ora, quando si ammette (e come non ammetterlo?) che le formalità degli articoli 88 e 89 sono *una parte, e la parte più cospicua ed importante* delle formalità richieste per costituire legalmente le società, il mio ragionamento corre benissimo, e resta vero che che l'art. 90 si riferisce proprio alle società che si sono poste in regola con la legge.

Io ho detto poi che è *inutile* la pubblicazione degli atti modificativi, quando è legalmente ignoto l'atto iniziale; ed è certo che l'atto iniziale è legalmente ignoto, vale a dire, non c'è l'obbligo legale di conoscerlo, quando è omessa una qualunque delle formalità prescritte dalla legge: qui, dunque, si presuppone la più ampia concezione delle società irregolari. Ho detto che nelle società irregolari le modificazioni dell'atto costitutivo sono, in sostanza, fasi della *formazione successiva* dell'atto costitutivo; che, fino a tanto che non sono adempiute *tutte* le formalità prescritte dalla legge, vi è solo l'obbligo di pubblicare l'atto costitutivo *come è attualmente*; e che, per conseguenza, alla mancanza delle formalità si applicano le sanzioni degli art. 98 e 99, e non quello degli art. 100 e 103; anche qui è correttissimo il concetto della società irregolare come società, che non abbia adempiuto *ad una qualunque* delle prescrizioni di legge per la regolare costituzione.

Gli argomenti d'indole pratica da me addotti, che ho considerato, del resto, come puramente *sussidiari*, tengono presenti gli inconvenienti che si verificherebbero, in taluni casi (frequentissimi, però, in pratica), ove si adottasse l'opinione contraria. E questi argomenti *non hanno nulla a che vedere* con la concezione della società irregolare. Sta bene che è *anche* una società irregolare quella che ha un atto costitutivo

redatto per iscritto, e pubblicato, ma con pubblicità incompleta; ciò non impedisce che sia, *a fortiori*, irregolare una società (come spesso accade), che non ha neppure un atto scritto in regola. E allora restano veri, per queste società irregolari, gl'inconvenienti che ho accennato (nessun valore, anzi, qualche volta, insidia pei terzi, del conoscere le modificazioni a un atto iniziale non redatto per iscritto o incompleto; confusione tra le *modificazioni* e le *integrazioni* dell'atto iniziale) e non toglie nulla alla forza della mia argomentazione il fatto che, in altri casi, più rari, questi inconvenienti possano non verificarsi.

E quel che si dice delle mie argomentazioni, si può ripetere delle argomentazioni del Vivante; anch'esse sono perfettamente immuni dal supposto errore loro rimproverato. Quando Vivante dice, che nelle società irregolari non c'era ragione di fare un trattamento diverso ai patti iniziali e a quelli susseguenti (concordando in ciò, sostanzialmente, con quello che dico io circa l'impossibilità di distinguere, legalmente, le *varie fasi di formazione* dell'atto costitutivo), non si sa in che modo vulneri il principio che sono società irregolari anche quelle a cui manca solo un po' di pubblicità. E quando dice, benissimo, che la stabilità dei patti originari vale solo per le società che hanno l'atto costitutivo *debitamente pubblicato*, è naturale che si riferisca alle società, che hanno *completato* la pubblicità legale. Quando infine vuol trovare un indizio dell'applicabilità degli art. 96 e 100 alle sole società regolari, nel fatto che per il regolamento esecutivo del codice di commercio, il cancelliere non potrebbe ricevere per la trascrizione una modificazione, se nel registro delle società non è trascritto l'atto di costituzione, non dice certo che una società, la quale ha l'atto costitutivo in regola e debitamente trascritto, è già una società regolarmente costituita, ma dice che l'essersi il regolamento riferito, per le modificazioni all'atto costitutivo al già avvenuto adempimento di quella, importantissima, formalità, prova che il regolamento ha presupposto una società regolarmente costituita. E chi potrebbe sostenere il contrario?

Non dico nulla delle iniquità rilevate dal Vivante, a cui condurrebbe la nullità dei mutamenti non pubblicati, perchè esse, evidentemente, non hanno nulla a che fare col più o meno lato concetto della società irregolare.

Quanto alla iniquità e all'assurdo che si rileva nel caso in cui, per la regolare costituzione, mancasse solo l'ultima formalità della pubblicazione nel *Bollettino delle società per azioni* (caso, invero, in pratica più che rarissimo) il preteso assurdo e la pretesa iniquità non esistono. Quando non sono adempiute *tutte* le formalità volute dalla legge, la pubblicità *legale* manca, e i terzi non hanno conoscenza *legale* dei patti e delle condizioni dell'atto costitutivo; la loro conoscenza è una conoscenza *di fatto*, che potrà essere più o meno precisa secondo i casi, ma che non implica per nulla l'*obbligo legale* di conoscere le condizioni e i patti dell'atto costitutivo e il conseguente *diritto* di contare sulla loro stabilità. I terzi dunque, i quali sanno che la pubblicità è incompleta, e sanno quindi che la cognizione, che essi hanno delle condizioni dell'atto costitutivo, non è una cognizione *legale*, e non dà loro diritto di contare sulla *stabilità* di quei patti, non sono tratti in inganno se i patti vengono modificati.

Nè più persuasivi di questo sono gli altri argomenti, con cui si vuol battere in breccia la nostra opinione.

Si afferma che le società *esistono*, che *esiste* il loro atto costitutivo, e che è perfettamente possibile, perciò, un mutamento dell'atto stesso: per conseguenza, il fatto che l'atto costitutivo non è pubblicato, non è motivo sufficiente per non richiedere la pubblicazione dei mutamenti, la stessa ragione, che esige la pubblicità dell'atto costitutivo, esige la pubblicità delle modificazioni: ed è la protezione della buona fede dei terzi. Poichè questi, in un modo o nell'altro, conoscono l'atto costitutivo, per la tutela della loro buona fede occorre che i mutamenti siano recati a loro conoscenza mediante la pubblicità legale.

Bisogna proprio dire che il Vivante ed io abbiamo parlato un linguaggio ben difficile se, dopo tanto discorrere, si torna

a ripetere puramente e semplicemente la tesi che noi abbiamo dimostrato falsa. Ma come? Abbiamo detto e ridetto che nelle società irregolari, se esiste la società (sappiamo perfettamente che le società irregolari non sono nulle ma solamente irregolari), e se esiste, di conseguenza, un atto costitutivo, nel senso di un *negozio giuridico* che ha dato vita alla società, non esiste viceversa un atto costitutivo, nel senso di un *documento* legalmente formato e pubblicato (altrimenti la società non sarebbe irregolare!); e che, fino a tanto che non c'è il *documento* del *negozio giuridico*, che ha dato origine alla società e ne disciplina la vita, l'obbligo di formare e pubblicare questo *documento* è unico, e riguarda tanto il *negozio giuridico iniziale*, quanto i negozi *successivi* o *modificativi*. In altri termini, abbiamo detto che, per la garanzia dei terzi, in tutte le società deve esser formato e pubblicato il *documento* di tutti i *negozi giuridici* riguardanti la costituzione dell'ente sociale, ma non è affatto necessario che siano formati *tanti* documenti *quanti* sono questi negozi giuridici. Donde la conseguenza che, se c'è già il documento legalmente formato e pubblicato di un *negozio iniziale*, e sono intervenuti *negozi successivi*, anche di questi si dovrà formare e pubblicare il documento; ma se non c'è il documento legale del negozio iniziale, l'obbligo spettante ai soci è uno solo: formare e pubblicare il *documento* del negozio giuridico *complessivo* che regola la vita della società, così *come risulta attualmente*, dalla combinazione dei negozi successivi col negozio iniziale.

Evidentemente si equivoca confondendo l'atto costitutivo, *negozio giuridico*, con l'atto costitutivo, *documento*: tutto il ragionamento che combattiamo è basato su questa confusione. Così quando si dice che nelle società irregolari esiste un atto costitutivo ed è possibile un mutamento dell'atto costitutivo, si allude evidentemente al *negozio giuridico iniziale*, da cui ebbe origine la società; quando si prosegue affermando che, se anche non è pubblicato l'atto costitutivo, rimane sempre, anzi più forte, la necessità di pubblicare la modificazione, ci si riferisce ancora al *negozio iniziale* e ai

successivi. E su questo terreno è facile aver ragione: chi nega che si debba far conoscere ai terzi il negozio modificativo tale quale come il negozio iniziale? Ma non è qui la questione. La questione è nel vedere se è possibile concepire il *documento* dei negozi successivi isolatamente dal *documento* del negozio iniziale, e se, quindi, si può parlare di un *obbligo* di formare e pubblicare il *documento* di un negozio successivo *soltanto* e *isolatamente* dal negozio iniziale. Che si debba documentare *anche* i negozi successivi sapevamecelo; dimostrandolo non si dimostra nulla; bisogna vedere se sia obbligatoria la *documentazione isolata* del negozio successivo.

Si fa intendere che sì, e si tenta anche di dimostrarlo. Si dice anzitutto che i terzi conoscono, in fatto, il negozio iniziale e quindi debbono essere avvertiti che quello stato di fatto, su cui hanno potuto contare, si è venuto mutando. Ma la deduzione è sbagliata, perchè, nelle società irregolari, l'esistenza del negozio iniziale, in tutti i suoi elementi e condizioni, deve essere, caso per caso, provata, e anche la conoscenza di fatto, da parte dei terzi, del negozio, risulta, caso per caso, da quella prova; una presunzione legale di conoscenza non esiste certo, e sopravviene solo con la documentazione e la pubblicazione completa del negozio. Ora, questa semplice eventualità è una base troppo fragile, perchè l'interprete possa costruirvi sopra nientemeno che un *obbligo* di *carattere generale* (occorrerebbe una disposizione di legge ed anche ben chiara). Tanto è ciò vero che, per giustificare la contraria interpretazione, si è costretti ad affermare che i terzi, una volta conosciuto lo stato di fatto, vi *hanno potuto contare*: il che è proprio il contrario della verità, perchè (e lo ha dimostrato benissimo il Vivante) nelle società irregolari i terzi non hanno alcun diritto alla stabilità del contratto sociale.

Ma vi ha di più. La conoscenza *di fatto*, da parte dei terzi, del negozio iniziale, non può essere invocata, perchè, se i terzi conoscono di fatto l'esistenza della società, non c'è nessuna ragione di ritenere che questa conoscenza si limiti al

negozio iniziale, e non comprenda anche i negozi successivi, che hanno determinato e integrato la figura giuridica della società. Insomma, i terzi sanno o non sanno. Se sanno, perchè non debbono saper tutto, e quindi anche le modificazioni? E se non sanno, che scopo e che utilità può avere il far conoscere loro le sole modificazioni?

Ma si adducono anche, a favore dell'obbligo della *documentazione e pubblicazione isolata*, le prescrizioni legali che tutelano, con maggior forza, la buona fede dei terzi, di fronte ai mutamenti, che *di fronte allo stesso sorgere dell'ente sociale*, comminano per la irregolarità dei mutamenti, la *nullità assoluta* (art. 96 e 100), mentre per la irregolarità della costituzione comminano le sole sanzioni degli art. 98 e 99. Ebbene, le prescrizioni più severe degli art. 96 e 100 *provano proprio il contrario*. La ragione delle più gravi sanzioni di questi articoli *sta appunto nel fatto che il negozio iniziale fu pubblicato*, e quindi è divenuto legalmente noto ai terzi, i quali hanno acquistato diritto alla sua stabilità. Altrimenti la differenza non si spiegherebbe e la severità della legge per le modificazioni apparirebbe iniqua. Nè sarebbe possibile giustificare questa evidente incongruenza, affermando che la diversità delle sanzioni dipende da ciò, che mentre la formazione delle società non può sfuggire ai terzi, i quali entrano in rapporto di affari con essa, ben difficilmente i terzi sono in grado di conoscere i cambiamenti successivi, che spesso non determinano alcuna variazione nello stato apparente delle cose. La spiegazione è insufficiente, perchè, se è vero che il fatto generico della formazione della società è facilmente noto ai terzi, non è detto che sia in modo egualmente facile noto ai terzi il *negozio costitutivo iniziale*, con tutti i suoi patti, disposizioni e condizioni. Certo, manca ogni ragione di ritenere che i vari patti, disposizioni e condizioni *iniziali* debbano essere più facilmente conosciuti dei patti e delle condizioni *successive*. Prendiamo il caso tipico del recesso. Perchè deve esser più facile la conoscenza della *partecipazione iniziale* di una determinata persona alla società, che non la sua *uscita succes-*

siva? L'entrata e l'uscita di un socio sono fatti che si manifestano in modo egualmente appariscente, e, *coeteris paribus*, sarebbe iniquo che la irregolarità formale della prima fosse colpita da sanzioni più lievi di quella della seconda; tanto più che se quest'ultima danneggia alcuni terzi (i creditori sociali) la prima danneggia altri terzi, egualmente degni di tutela (i creditori particolari).

Nè più concludente, a favore della pubblicazione *isolata* dei negozi successivi, è l'analogia che si vuol trovare con la revoca del mandato institorio conferito *tacitamente* e con la revoca del consenso *tacito* del marito all'esercizio del commercio da parte della moglie, che debbono pure essere regolarmente pubblicate.

Il richiamo alla revoca del mandato institorio è frutto di un equivoco. Non è punto vero che la revoca del mandato institorio tacito debba essere, come se il mandato fosse stato espresso, circondata dalle forme di pubblicità legale. L'articolo 374 cod. di comm. dice solo che «la rievocazione del mandato *espresso* deve essere pubblicata nelle stesse forme, colle quali ne fu pubblicato il conferimento», e non parla affatto del mandato *tacito*. Per il mandato tacito dispone soltanto l'art. 370 capoverso, in cui è detto che «il preponente non può opporre ai terzi veruna limitazione del mandato tacito, *se non prova che essi la conoscevano* al tempo, in cui fu contratta l'obbligazione». Da questa disposizione dell'articolo 370 fu giustamente dedotto che se le semplici limitazioni al mandato tacito possono essere opposte solo provando che i terzi le conoscevano, questa stessa prova sarà necessaria per quella limitazione massima, che è la revoca (cfr. Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, pag. 123 e 124; Vighi, nella *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, pag. 17-18). Ciò posto, si è discusso se il mandante possa dispensarsi dal dar questa prova, pubblicando la revoca: alcuni scrittori sono per la negativa (Sraffa, pag. 124; Nattini, *La procura*, pag. 271-272) mentre altri sono per l'affermativa (Vighi, pag. 18; Vivante, *Trattato*, II, 4^a ed., pag. 435). Ma s'intende che la

pubblicità non è *condizione per la validità della revoca*: questa è valida sempre, purchè il terzo la conosca; la pubblicità non è che uno spediente per ottenere, *a favore del revocante*, una presunzione legale di conoscenza della revoca da parte del terzo.

Il caso del mandato institorio non ha proprio, dunque, nulla a che fare con la questione.

Quanto al caso della revoca dell'autorizzazione maritale al commercio, la necessità della pubblicità è giustificata dal fatto che la legge *presume* il consenso del marito, quando l'esercizio del commercio è pubblico e notorio (art. 14). Non vi è dunque nessuna analogia con le modificazioni arrecate al negozio costitutivo iniziale di una società: non si tratta di un *negozio non pubblicato*, per la cui modificazione occorre un *negozio pubblicato*: ma vi è una *presunzione di legge*, per combattere la quale occorrono certe forme prescritte dalla legge. Ecco tutto.

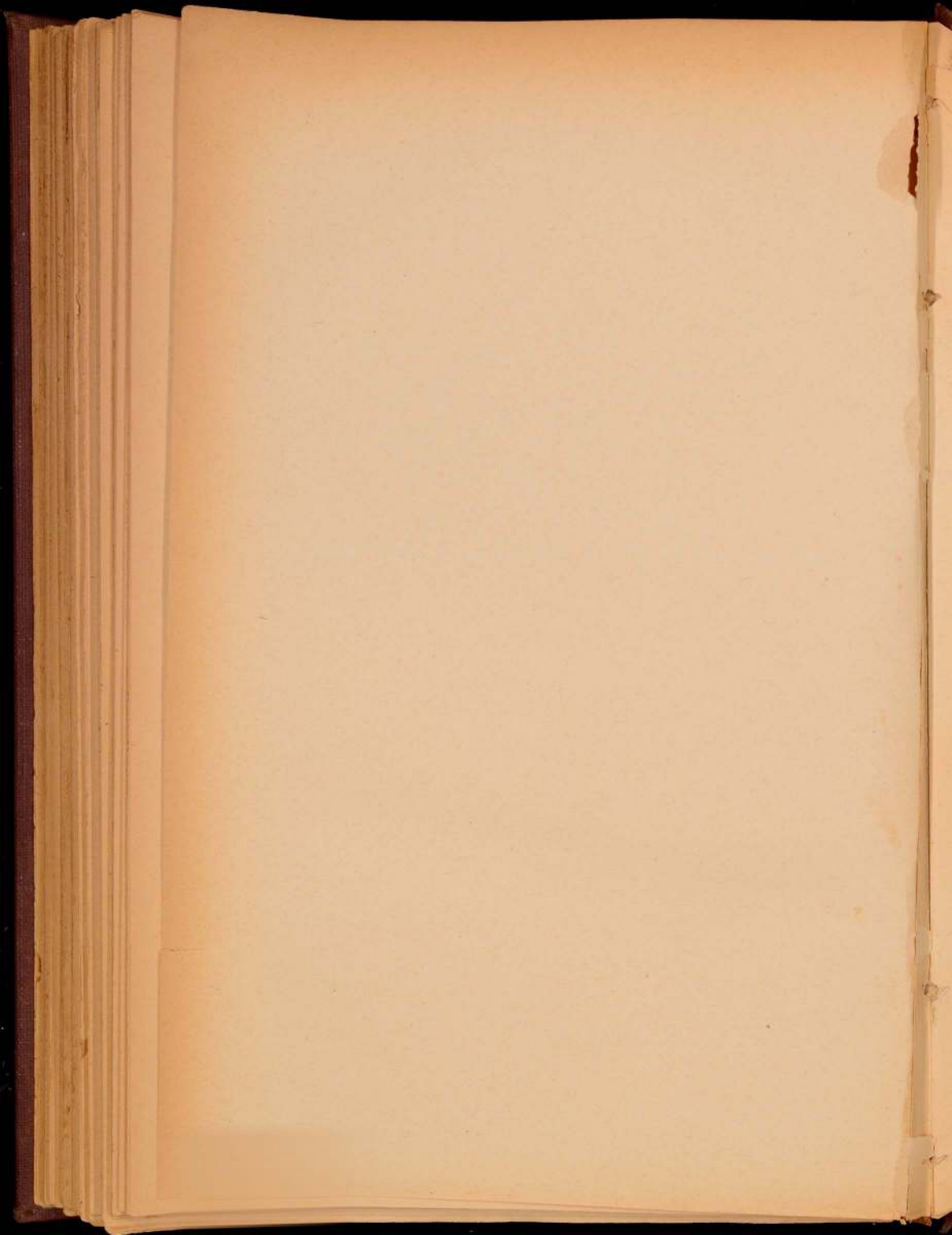
Non rimane dunque, oramai, che l'ultimo argomento, con cui si vuol combattere la deduzione fatta dal Vivante in base agli art. 7, 8 e 9 del Regolamento esecutivo del codice di commercio. Ora, se è vero che, secondo l'art. 9, per la trascrizione dei *mutamenti* basta la presentazione del provvedimento del Tribunale, che ordina la trascrizione della deliberazione approvante il *mutamento*, è vero altresì che dall'art. 7 cap. 2^o si presuppone che sia stato trascritto l'atto costitutivo iniziale, perchè si prescrive che « *le annotazioni successive si fanno nello stesso foglio* », in cui è fatta l'annotazione della costituzione; e per l'art. 8 n. 10 nel registro delle società deve essere indicata « la data del contratto sociale, degli avvenuti cambiamenti e delle rispettive trascrizioni », facendosi così intendere chiaramente che l'annotazione delle modificazioni deve farsi accanto e con riferimento a quella dell'atto di costituzione. Nè vale il dire che, dopo tutto, anche con la trascrizione dell'atto costitutivo, la società non è ancora regolarmente costituita, perchè altre formalità occorrono ancora: come già abbiamo notato, il richiamo alle norme, che parlando della

pubblicazione degli atti modificativi, presuppongono, già pubblicati, sia pure non compiutamente, gli atti costitutivi iniziali, conserva sempre il suo valore di *indizio* della consacrazione legislativa di questo principio: che non si concepisce la pubblicità degli atti modificativi *isolati*.

Fallita così la confutazione di alcuni argomenti addotti per la inapplicabilità dell'art. 96 alle società irregolari; lasciati senza confutazione altri; provata la fallacia delle ragioni con cui si volle confortare l'iniqua pretesa dei terzi di richiamarsi al *fatto*, quando si tratta di invocare la conoscenza dei patti iniziali, e contemporaneamente, con manifesta contraddizione, non contentarsene più, quando si tratta dei patti successivi, io resto più che mai fermo nella mia opinione (e non è certo la riferita sentenza che me la farà cambiare!) circa l'interpretazione da darsi agli art. 96 e 100 cod. di comm.

AZIONI NOMINATIVE E AZIONI AL PORTATORE *

* *Rivista delle società commerciali*, 1914.



Torna a fare il giro dei giornali la notizia, già apparsa fin dal 1912, che sia intenzione del Governo di presentare un disegno di legge, che renderebbe obbligatoria la forma nominativa per tutte le azioni e le obbligazioni delle società commerciali. Il problema, che a suo tempo fu ampiamente discusso, in questa *Rivista*, dal prof. Luigi Einaudi, *Titoli nominativi o titoli al portatore*, nella *Rivista delle società commerciali*, 1912, pag. 295 e segg.), e nella *Riforma sociale*, dal prof. Attilio Cabiati (*La nominatività dei titoli al portatore e la imposta di successione*, nella *Riforma sociale*, 1912, fascicolo 11), è stato nuovamente preso in esame dal prof. Cesare Vivante, in un notevole articolo pubblicato nel fascicolo di gennaio della *Revue financière et économique d'Italie* col titolo: *Une réforme financière et juridique des actions des sociétés anonymes*.

Il prof. Vivante non propugna la soppressione dei titoli sociali al portatore; afferma anzi che « il momento presente non sembra molto indicato per effettuare una riforma così radicale, anche se essa è desiderabile », ma vorrebbe che fossero adottati provvedimenti atti a favorire l'adozione dei titoli nominativi. Il Vivante riconosce che la legislazione attuale già offre ai possessori di azioni nominative numerosi vantaggi: la forma nominativa tutela i possessori contro il furto o lo smarrimento permettendo loro, in tal caso, di ottenere un

nuovo certificato; consente che siano direttamente invitati ad assistere alle assemblee e che sia loro rimessa copia dei bilanci; dà loro modo di farsi pagare a domicilio i dividendi; infine li sottopone ad una minor tassa di circolazione (1,80%) in confronto dei possessori di azioni al portatore, che pagano il 2,40%. Ma crede l'autorevole scrittore che questi vantaggi siano insufficienti. Il pubblico italiano continua a preferire le azioni al portatore, le quali danno luogo a due ordini di inconvenienti. Il primo è la già notata facilità con cui i titoli al portatore riescono ad eludere l'imposta di successione. Il secondo, meno noto, e su cui il Vivante particolarmente insiste, è la corruzione e il disordine che le azioni al portatore portano nelle assemblee delle società.

Con molta evidenza ed efficacia il Vivante descrive le cause e le forme dell'inquinamento che, mediante le azioni al portatore, si verifica spesso nella formazione della maggioranza. È, in primo luogo, oramai un fatto accertato che le assemblee delle società per azioni, specie delle società industriali, sono completamente nelle mani delle banche che sostengono finanziariamente l'impresa. Queste banche, a mezzo dei riporti o delle anticipazioni su pegno accordate ai più grossi azionisti, o grazie alla clausola che inseriscono nei contratti di deposito stipulati dai clienti, per cui si riservano il diritto di rappresentarli nelle assemblee, finiscono per disporre di ingente quantità di azioni, in modo di padroneggiare, per mezzo dell'assemblea, la società.

Nè basta. Le lotte di gruppi e di persone nel seno dei Consigli danno luogo agli spediti più sottili per accaparrare azioni, e per conquistare la maggioranza nelle assemblee, fra cui il sistema di prendere azioni a riporto all'unico scopo di esercitare il diritto di voto che ad esse è connesso.

Propone quindi il Vivante *di non ammettere nelle assemblee che i possessori delle azioni nominative iscritti nel registro dei soci da almeno sei mesi*. Si otterrebbe il doppio effetto di risanare le assemblee delle società e di creare, con la esclusione dei possessori di azioni nominative dal diritto di voto,

un forte motivo per preferire le azioni nominative, con beneficio notevole per il fisco. Vantaggi, dunque, giuridici, e vantaggi fiscali.

Queste le ingegnose proposte del Vivante, che si presentano sotto un aspetto moralizzatore, che le rende a prima vista seducenti. Ma bisogna confessare che da un esame più approfondito del problema non esce confermata questa prima buona impressione; al contrario si presentano dubbi e difficoltà molteplici, sia dal punto di vista del diritto, sia da quello della economia pubblica, sia dal punto stesso di vista della finanza. Alcune di queste difficoltà sono apparse allo stesso Vivante, che le ha discusse e con molto acume combattute. Ma altre, e gravi, ve ne sono, e quelle stesse che il Vivante considera, non possono dirsi affatto superate.

Le obiezioni, a cui la proposta dà luogo, sono di quattro specie:

1° Gli scopi, morali e giuridici, da un canto (epurazione delle assemblee); fiscali dall'altro (eliminazione delle frodi nell'imposta di successione), valgono la pena di azzardare una così grave riforma, che sconvolgerebbe tutte le più inveterate abitudini del nostro pubblico?

2° Sarebbe poi, il provvedimento proposto, veramente efficace per conseguire questo duplice scopo?

3° Dato che efficace fosse, sarebbe esso giuridicamente compatibile coi principî fondamentali del diritto delle società?

4° Infine, ammesso che il provvedimento fosse praticamente efficace e giuridicamente corretto, quali ripercussioni avrebbe esso sull'economia generale del paese?

Ecco la serie di domande, a cui ci accingiamo a rispondere.

I. Circa il valore pratico dello *scopo fiscale*, ho ben poco da dire, dopo la larga ed esauriente trattazione del problema fatta dal Cabiati.

Il quale ha dimostrato:

a) che sotto la forma di una maggiore imposta di ne-

goziazione del 0,60 per cento, i titoli al portatore pagano già un tributo successorio non minore del 4,20 per cento, superiore perciò al tributo medio sopportato dagli altri generi di ricchezza per tale riguardo ;

b) che i beni mobili, i quali più si sottrassero al tributo successorio non sono i titoli al portatore, ma bensì il denaro e la categoria 10^a « dei rimanenti beni mobili in genere » ;

c) che ove tutti i titoli al portatore non evadessero la imposta di successione, il beneficio annuo netto per l'erario sarebbe *al massimo* di tre milioni di lire ;

d) che ben più gravi sono le evasioni dei beni immobili dalla imposta di successione, che raggiunsero la misura media del 10 per cento e producono quindi una perdita per l'erario superiore ai *trenta* milioni di lire annue, per l'insufficienza delle stime ;

e) che le evasioni dalla imposta di successione sono nulla di fronte ai formidabili e ben più importanti occultamenti, che si verificano in altre imposte, specialmente in quella di ricchezza mobile.

In conclusione l'*ultimo* dei problemi, che si debbono risolvere in questa grave, scandalosa materia della evasione dalle imposte, che rappresenta una piaga del nostro sistema tributario, e che non potrà sistemarsi se non rendendo più perfetti e rigorosi i sistemi di accertamento, e contemporaneamente diminuendo le aliquote, è proprio l'evasione dei titoli al portatore dalla imposta di successione. Io non dico, si badi bene, che non si debba risolvere anche questo problema : dico che esso non va considerato *isolatamente* dal resto del grave e complesso problema delle evasioni tributarie in Italia, perchè il suo valore pratico, per l'erario, è minimo, e perchè vi sono altri modi di risolverlo, all'infuori di quello di trasformare i titoli al portatore in nominativi.

E si ricordi, che la perdita per l'erario di 3 milioni, derivante dalla evasione dei titoli al portatore dalla imposta successoria, riguarda tutti i *titoli al portatore*, e non le sole *azioni di società* : per le azioni, la cifra dovrebbe essere ridotta di molto.

Circa poi il valore pratico dello *scopo morale e giuridico* di rendere più sincera la composizione delle assemblee, io sono d'avviso che gli inconvenienti, innegabili, posti così bene in luce dal Vivante, non siano essi stessi un male, ma costituiscano *sintomi* di un male, o meglio, di alcuni mali, che affliggono la vita delle nostre società. Eliminare i sintomi, senza aggredire la malattia sarebbe dunque un rimedio empirico e completamente inefficace. Così l'accaparramento delle azioni da parte delle banche, allo scopo di dominare le assemblee non è, in sostanza, esso medesimo, un effetto di un ben più profondo malanno, cioè dell'abuso del credito cambiario e dei conti correnti cambiari fatto dalle nostre società industriali? Il giorno in cui, a torto o a ragione, le nostre società industriali hanno immobilizzato milioni e milioni negli impianti e per far fronte a queste enormi spese hanno fatto ricorso non al capitale azionario, non al credito a lunga scadenza, ma al credito cambiario, fatto, per sua natura, per gli affari a breve scadenza, e specialmente per gli affari commerciali, quel giorno le società si sono legate, necessariamente, a fil doppio con le banche e si sono poste, volontariamente, sotto il controllo delle banche. Quando una banca ha sovvenzionato largamente una impresa industriale, è naturale, è logico che essa pretenda di controllarne l'andamento. L'accaparramento delle azioni è *un mezzo* con cui le banche esercitano questa tutela, ma se esso non fosse possibile, se ne troverebbero subito dieci altri, per ottenere lo stesso risultato.

Eguale, l'accaparramento delle azioni fatte dai gruppi finanziari contrastanti la supremazia nel seno delle società non è che *un episodio* di queste lotte di gruppi, che esistono indipendentemente da esso, e sono dovute ad altre cause, in grandissima parte naturali e non eliminabili con provvedimenti legislativi. Le società, specialmente le società industriali, che raccolgono il loro capitale da un gran numero di azionisti e che hanno le loro azioni largamente diffuse nel pubblico dei piccoli risparmiatori, sono in Italia rare. I piccoli e medi

risparmiatori, e diciamo pure in generale i risparmiatori di ogni calibro, in Italia stanno attaccati alle casse postali, alle casse di risparmio e alla rendita pubblica; minima è invece la partecipazione diretta della massa agli impieghi industriali. Sono sempre dunque gruppi limitati di persone, che hanno in mano il capitale delle società industriali; speculatori desiderosi di grossi e subiti guadagni, più che risparmiatori in cerca di un collocamento pei loro capitali. Ora è naturale che in questi ambienti ristretti ed agitati le lotte si accendano. E mancando quella massa neutrale di azionisti, mancando quella « collettività incaricata di metter fine ai dissidi », di cui parla il Vivante, si comprende come ogni gruppo cerchi, in tutti i modi, di far valere i propri interessi: l'autodifesa individuale supplisce alla mancanza di un organo imparziale atto a rendere giustizia in nome degli interessi superiori della collettività. In questa condizione, eliminato l'accaparramento delle azioni, non sarebbe eliminata la lotta, che si combatterebbe con altre armi, con gli ostruzionismi, con le opposizioni, con le liti, con le sorprese elettorali.

II. Ma poniamo che l'accaparramento delle azioni debba essere considerato come un male in sè, e non come un sintomo di altri mali. È, il provvedimento proposto dal Vivante, atto ad evitarlo? E sarà esso poi efficace per ottenere l'alto intento, di diminuire le evasioni all'imposta di successione?

Lo stesso Vivante ha compreso che anche con le azioni nominative è possibile l'accaparramento, se non delle azioni, dei voti, il che è perfettamente lo stesso, mediante le delegazioni di voto che le banche potrebbero sempre procurarsi dai loro clienti. Egli propone dunque di negare al possessore di azioni nominative la facoltà di farsi rappresentare. Ma, domando io, come si potrebbe impedire la cessione simulata delle azioni, come si potrebbero impedire le compere con patto di rivendita, i riporti prolungati e tutti gli altri cento sottili spedienti che la necessità pratica saprebbe escogitare?

Quanto alle evasioni dalla imposta è evidente che, tranne i gruppi direttamente interessati nell'amministrazione delle

società, altri azionisti (specialmente delle società bancarie, ferroviarie, fondiarie, di navigazione, le cui azioni sono più diffuse nella massa del pubblico) preferiranno lasciarsi confiscare il diritto di voto, piuttosto che esporsi ai maggiori rigori del Fisco: e non tanto a quelli effettivi, della imposta di successione, quanto a quelli temuti della imposta statale sul reddito, e anche a quelli imaginari che il contribuente italiano sempre timoroso ancor usa moltiplicare nella sua mente. In tal modo la riforma avrebbe il non molto benefico effetto di *allontanare sempre di più gli azionisti dalla vita delle società, e di porre queste sempre più in balia dei grandi maneggiatori di affari.*

III. Ma molto gravi sono le obbiezioni di indole strettamente giuridica che possono farsi alla proposta riforma. La quale produrrebbe praticamente questi due effetti:

a) toglierebbe il voto a tutti i possessori di azioni al portatore, che continuerebbero ad essere la maggioranza;

b) renderebbe difficile l'esercizio del diritto di voto ai possessori di azioni nominative lontani dalla sede sociale (che, nelle grandi società, le cui azioni sono penetrate largamente nel pubblico costituiscono la maggioranza), mediante il divieto della procura.

Conclusione: *la vita delle società sarebbe ridotta in mano ad una esigua minoranza di soci.*

Il principio maggioritario che regola la vita di tutte le collettività sarebbe capovolto: una minoranza disporrebbe degli interessi altrui: l'equilibrio fra i rischi, che pesano su tutti i soci e i diritti, che spetterebbero solo ad alcuni, sarebbe rotto; quella collaborazione attiva di ciascun socio al conseguimento degli scopi comuni, che caratterizza la società e la distingue dalla comunione, ben più della fantastica *af-fectio societatis*, che ne è solamente il riflesso soggettivo, sarebbe eliminata. Penetrato, nel diritto delle società il principio della ineguaglianza di trattamento tra i soci, il sistema del diritto vigente ne sarebbe modificato, con conseguenze non prevedibili, ma certamente gravi per tutto il sistema.

IV. Nè, infine, se il provvedimento proposto riescisse efficace (il che non credo), sono da trascurare le sinistre conseguenze che esso produrrebbe sulla vita economica italiana.

Infatti:

a) Si allontanerebbero dalle imprese commerciali ed industriali i capitali italiani, già tanto restii a dipartirsi dai prudenti impieghi statali. Il Cabiati (*op. cit.*, pag. 55 dell'estratto) nota opportunamente che già l'imposta speciale del 0,60 per cento che colpisce la circolazione annua dei titoli al portatore, è un carico grave, e corrisponde abbondantemente al carico medio successorio, che è del 4,10 per cento, ed è reso, in confronto dell'imposta successoria, più grave dal fatto che essa è *anticipata*, dal possessore durante la sua vita. Ora se i possessori di titoli preferiscono di pagare essi, durante la loro vita, quell'imposta di successione che normalmente graverebbe sui loro eredi, ben forti ragioni debbono militare a favore dei titoli al portatore, che li compensino di questo grande svantaggio. È dunque *generale e profonda la predilezione del mercato italiano per i titoli al portatore*, e tale che la eliminazione delle azioni al portatore significherebbe l'allontanamento dei capitali italiani dagli impieghi sociali a vantaggio di altri impieghi, in cui la forma al portatore continuerebbe ad essere ammessa (rendita pubblica, cartelle fondiarie, prestiti comunali e provinciali ed oramai, anche, titoli di Stato esteri). Peggior ingiustizia non si saprebbe pensare a danno delle nostre società, e quindi del nostro sviluppo commerciale e industriale. Perché questo deve dirsi ben chiaro: che, almeno, se si vogliono colpire i titoli al portatore, si debbono colpir *tutti*, e non i soli *titoli sociali*;

b) Si allontanerebbero poi dalle imprese commerciali ed industriali italiane i capitali esteri. Già l'Einaudi (*op. cit.*, pagina 934) notava la ripugnanza che hanno i grandi mercati europei, di Parigi, Bruxelles, Ginevra, Zurigo, Francoforte e Berlino, per i titoli nominativi. Eliminare le azioni al portatore, o anche soltanto, come propone il Vivante, escluderle dalla partecipazione alla vita e all'amministrazione della so-

cietà, vuol dire *rendere più difficile il collocamento dei nostri titoli nei mercati esteri*, e rendere ancora più grave la crisi che ci travaglia, per la scarsezza ed il caro prezzo del capitale;

c) In ultimo, il provvedimento, attuato d'un tratto, perturberebbe gravemente il mercato dei valori: non è difficile prevedere che le borse, così sensibili anche ai semplici stormir di fronde, lo saluterebbero con un generale ribasso: il che bisogna convenirne, non è precisamente ciò che si desidera nel momento attuale.

In conclusione: Certo, da un punto di vista astratto, i titoli nominativi sono da preferire a quelli al portatore. Ma essi convengono sopra tutto ad una economia progredita, come la economia inglese (dove, del resto, i titoli al portatore non sono affatto proibiti, ma sono solo *preferiti* quelli nominativi). In una economia ancora poco progredita come la nostra, i titoli al portatore convengono ancora di più al pubblico ed il pubblico continuerà a preferirli, malgrado tutti gli spendenti e tutti gli artifici legislativi.

1799

3. VII. 33

