

1800

AVV. FRANCESCO CARNELUTTI  
PROFESSORE ORDINARIO DELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA

# TEORIA GIURIDICA DELLA CIRCOLAZIONE

Inst. Bras. Dir. Com. Comp. e Bibl.  
T. ASCARELLI



DALLA BIBLIOTECA DEL  
PROF. TULLIO ACCARELLI  
DONO DELLA FAMIGLIA  
ALL'UNIVERSITÀ DI S. PAOLO

CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
GIÀ LITOTIPO - PADOVA - 1933 - XI

1934

Inst. Bras. Dir. Com. Comp. e Bibl.  
T. ASCARELLI

## AVVERTENZA

*Da parecchi anni vagheggio il disegno di questa teoria. Naturalmente il desiderio muove dalla difficoltà di spiegare il meccanismo e vorrei dire il miracolo dei titoli di credito, che sono al centro o forse meglio al vertice del problema. Secondo me, per vincere codesta difficoltà bisogna superare i confini di quella visione particolare, della quale su per giù tutti si sono finora contentati.*

*Ma il tempo chi me lo regala? chiedo proprio sul cadere dell'anno scorso, discorrendo del terzo volume degli Appunti di diritto commerciale dell'Ascarelli. Ora la esperienza mi ha ancora una volta insegnato che quando si vuole, il tempo si trova. È avvenuto che la Facoltà di Padova mi faccia l'onore di pregarmi di assumere per quest'anno l'insegnamento del diritto commerciale; così hanno preso fuoco le polveri.*

*Il libro, in questa occasione, pare venuto su come un fungo. Ma forse la realtà è diversa. Infatti, giusto tre anni fa, ho tentato un primo abbozzo della teoria in un corso tenuto a Ca' Foscari. È un'ottima ricetta quella di lasciar riposare a lungo le idee; queste somigliano ai semi, che crescono nascostamente sotto la terra, e un bel giorno il germoglio salta fuori senza fatica, e più lungo è stato il riposo, più rapidamente maturano.*

*Il disegno è schematico. Lineamenti. Colori e dettagli mancano quasi del tutto. Una trama quasi senza l'ordito. Per i miei scolari, che mi sentono parlare a scuola, questo è sufficiente. Agli altri, se trovano che sia un difetto, domando*

scusa ; ma non posso fare di più. Aggiungo che, se anche potessi, probabilmente non vorrei.

Quello a cui miro, prima di tutto, in questo libro, è il panorama. Molto più che ciascun fenomeno in sè, voglio mostrare un gruppo di fenomeni insieme. E così, per esempio, quanto ai titoli di credito, chiarire che non sono una meraviglia isolata, ma la punta di un vastissimo movimento del diritto; e non ne capisce il segreto chi non si rende conto di questa vastità. In fondo la mia tendenza è sempre quella: anche la Teoria generale del reato contiene un discorso del quale, se crede che sia rivolto soltanto ai cultori del diritto penale, la gente non ne intende neanche la metà; al contrario proprio codesti cultori, quando lo ascoltano con sufficiente buona grazia, fanno anche più di quanto mi sarei aspettato. Ora, per queste visioni di insieme, sono le linee che contano e non i dettagli.

Ho da dire un'altra cosa, con la solita schiettezza. Proprio la teoria dei titoli di credito è diventata, a dir poco, una specie di enigmistica nel campo del diritto. O noi riesciamo una buona volta a ricondurvi la semplicità o è meglio riconoscere, su questo tema, la nostra bancarotta. Certo, non mi illudo di esservi riescito; ma questa è la direzione del mio tentativo ed è logico che a tal fine cominci dal non ingombrare la mente dei miei discepoli con un groviglio di notizie, relative soprattutto alla storia delle dottrine, che finirebbero per scoraggiarli se non per disgustarli addirittura. Se le nozioni elementari, con le quali opero e le quali si riducono al rischio e alla responsabilità, sono buone, mi contento di offrire a loro la bussola, affinché, strada facendo, di fronte ai singoli problemi, possano orientarsi da sè. Nel caso contrario, che può essere anche il più probabile, il tempo che avessi speso a finir meglio il disegno, sarebbe purtroppo perduto.

F. C.

Venezia, primavera del 1933

Instit. Bras. Dir. Econ. Comp. e Bibl.  
T. ASCARELLI

## INTRODUZIONE

1. *Nozione economica della circolazione.* — Due fasi elementari del processo economico sono la *produzione* e la *distribuzione*. Questa seconda si distacca dalla prima in quanto opera uno spostamento dei beni da coloro che li producono a coloro che li godono: la vendita, il furto, il risarcimento del danno, l'imposta, per quanto profondamente diversi tra di loro, sono tutti fenomeni di distribuzione.

Si danno dei casi in cui lo spostamento dei beni da uomo a uomo avviene *per aumentarne la utilità* cioè per farli godere a chi ne ha maggior bisogno; allora noi parliamo di *circolazione* dei beni. La circolazione è dunque una sottospecie della distribuzione. In questo senso si dice che la circolazione moltiplica la utilità e quasi, perciò, la entità stessa dei beni.

Per valutare la sua importanza non occorre leggere dei libri di economia; basta che ci guardiamo attorno. Molti fra i bisogni elementari della nostra vita non si potrebbero soddisfare se i beni non circolassero: quanti fra i beni, dei quali ci serviamo ogni giorno, sono prodotti con le nostre mani? Non si esagera dicendo che nè la produzione nè la distribuzione senza la circolazione renderebbero se non in minima misura i loro benefici: da un lato, non sarebbe possibile la divisione del lavoro, dall'altro solo mediante la circolazione i beni si distribuiscono secondo i bisogni.

2. *Elementi della circolazione.* — Ciò che occorre affinché si abbia un fenomeno di circolazione sono due uomini e un bene; meglio, due persone e un bene. Probabilmente, in economia, la distinzione, anzi l'antitesi fra questi due termini potrebbe porsi così: il *quid* che sente e il *quid* che soddisfa un bisogno.

La nozione di circolazione suppone dunque così la nozione di *persona* come quella di *bene*, che io ritengo note ai lettori.

A proposito della seconda reputo opportuno soltanto avvertire che non vi è alcuno scarto tra la nozione del bene e quella dell'*oggetto della circolazione*; ciò vuol dire che dovunque è un bene, ivi può aversi circolazione. Restrizioni alla circolazione vi sono certamente, ma derivano da ragioni giuridiche, non da ragioni economiche.

Così possono circolare anche i beni *immobili*; un dubbio a questo riguardo si elimina facilmente distinguendo la circolazione *fisica* dalla circolazione *economica*; quella, non questa è impossibile rispetto agli immobili.

Del pari possono circolare i beni *immateriali*. Probabilmente la nozione dei beni immateriali richiederebbe un discorso piuttosto lungo per essere chiarita, perchè intorno ad essi si è sempre fatta e si suol fare anche adesso della confusione. Nella impossibilità di diffondere soverchiamente queste nozioni preliminari avverto che per beni immateriali non intendo nè ammetto che si possano intendere i *diritti*, i quali sono delle *posizioni* (degli uomini rispetto ai beni) e non dei beni (1). Poichè elemento sostanziale del diritto (subbiiettivo) è

---

(1) La figura molto nota dei c. d. *diritti sui diritti* non si spiega affatto con la considerazione di un diritto come oggetto di un altro e perciò come un bene ma con una concorrenza di due interessi tutelati rispetto al medesimo bene e perciò con una limitazione della tutela di ciascuno: per esempio, l'usufrutto del credito non è un usufrutto, che abbia per oggetto il credito, ma si spiega con la appartenenza di un credito in varia misura a due

L'interesse, codesta concezione si risolve precisamente nella identificazione dei due termini *bene e interesse*, la cui distinzione costituisce uno dei capisaldi della teoria del diritto come della teoria economica. Sono invece veramente beni immateriali quelle porzioni o manifestazioni del mondo esteriore, che non riescono a isolarsi dal resto se non per via indiretta o in modo limitato così che il loro godimento è mediato dal godimento di un *quid*, che ne costituisce, per così dire, l'involucro. Già sotto questo punto di vista debbono essere considerati alcuni beni, dei quali la moderna fisica applicata va mirabilmente accrescendo il numero e la servibilità ai bisogni umani: voglio dire elettricità, luce, calore, suono e via dicendo. L'aggettivo *immateriale*, che noi continuiamo ad usare per designarli, risente di una antitesi tra materia e energia, che probabilmente la scienza fisica ha oramai eliminata o superata; ma la natura del diritto non consente che la sua terminologia segua di pari passo il progresso della scienza. Allo stesso modo appartiene alla categoria dei beni immateriali ciò che si può chiamare *l'idea artistica o industriale*, quale è contenuta nell'opera d'arte o d'industria e costituisce l'obbietto del c. d. diritto di *privativa* (artistica o industriale): quando si vende un libro, un quadro, un modello meccanico non circola soltanto la carta, la tela, il metallo ma anche l'idea contenuta in quell'involucro, e una circolazione autonoma di essa, cioè

persone (usufruttario e nudo proprietario) e precisamente a una per i frutti e dall'altra per il capitale; tra l'usufrutto del credito e l'usufrutto della cosa corre la sola differenza che il primo è un diritto frazionario del diritto (intero) di credito e il secondo un diritto frazionario della proprietà. Chi vuol avere la riprova dell'error logico contenuto nella formola corrente: *usufrutto del credito*, rifletta che il suo termine complementare sarebbe *proprietà del credito* dove l'equivoco tra la nozione *giuridica* della *proprietà* e la nozione *pregiuridica* della *appartenenza* è manifesta. Il vero è che le forme parziali di appartenenza del diritto di credito si sogliono denominare con le parole usate per indicare gli *iura in re aliena* e da questo modo di dire nasce la apparenza del diritto sul diritto.

Incl. Bras. Dir. Com. Comp. e Bibl.

T. ASCARELLI

senza l'involucro di cui è contenuta, si ottiene precisamente mediante i contratti di *vendita* o di *licenza della privativa*.

*Infine possono circolare i beni personali.* Bene personale in antitesi ai beni *reali* è il *corpo umano* (1). Di solito, non soltanto gli economisti ma anche i giuristi rifiutano, più o meno nettamente, di annoverare tra i beni il corpo umano; ma come non possono disconoscerne la importanza quale mezzo di soddisfazione dei bisogni, considerano come *beni* o *ricchezza* i *servigi*. Questo mezzo termine, il quale sbocca in un errore logico, in quanto scambia il bene col risultato del suo impiego, è imputabile a quel grandioso movimento di pensiero, che ha il suo punto culminante nella abolizione della schiavitù: questo movimento, come avviene sempre, è andato oltre il segno quando ha indotto a negare che, perchè il corpo umano non è più oggetto di proprietà altrui, sia almeno oggetto anzitutto di un diritto *della stessa persona che vi ha la sua sede* e, in secondo luogo, di *diritti altrui diversi dalla proprietà*; e che, comunque, sia un *quid* esteriore il quale serva al soddisfacimento dei bisogni umani. Una dimostrazione di queste affermazioni, che ho oramai fatta più volte, non sarebbe opportuna in questo luogo, ove conviene e basta invece che io aggiunga che una elementare osservazione del mondo ci presenta una folla di fenomeni di circolazione aventi il loro oggetto precisamente nel corpo umano: tale è, in modo tipico, lo scambio oneroso di lavoro, che assume una importanza addirittura imponente nella economia moderna.

---

(1) Non c'è quasi bisogno, che io chiarisca: il corpo umano *vivo*. Appartiene invece ai beni *reali* il cadavere come vi appartengono le parti staccate dal corpo vivente o i prodotti di questo; con questa ultima frase alludo particolarmente alle *idee* le quali, nell'atto in cui si producono o, forse meglio, si separano dall'uomo non sempre si disperdono cioè perdono la loro individualità; il mezzo per evitarne la dispersione è appunto il loro travasamento in quell'involucro, che ha il suo prototipo nel libro e la sua analogia con l'accumulatore di elettricità, come ho altra volta osservato.

3. *Forme della circolazione.* — Al fine di conoscere le forme e le fasi della circolazione, quali interessano per lo studio del suo regime giuridico, per quel poco che io ne conosco, i libri di economia non tanto non sono necessari quanto purtroppo non sono molto utili.

Un bene può essere goduto da una persona diversa da quella che lo ha o in quanto le due persone *lo godano insieme* o in quanto la persona che lo ha *lo lasci godere ad altri*. A queste due ipotesi corrispondono la *associazione* e lo *scambio*.

a) Anche la associazione è un fenomeno di circolazione, poichè ne consegue uno spostamento del bene rispetto alla persona che lo gode: che io metta un bene in comune, significa che io lo lascio godere *anche* al mio associato. La differenza economica tra associazione e scambio sta in ciò che, quando vi è scambio, lo spostamento è più netto o più compiuto: con lo scambio il bene è goduto *soltanto* da altri, con la associazione *anche* da altri. Sotto questo profilo si può dire che la associazione è un fenomeno di circolazione parziale.

b) Lo *scambio* è un *genus*, il quale si suddivide secondo due criteri.

a) Può essere scambio *temporaneo* o *definitivo* secondo che il titolare lasci godere il bene alla persona diversa per un certo tempo o per sempre: nel primo caso il bene ritorna, trascorso il tempo dato, al titolare; nel secondo non ritorna più. Sotto un punto di vista analogo a quello chiarito poco fa per la associazione, lo scambio definitivo apparisce un fenomeno di circolazione *più intenso* che lo scambio temporaneo. Appunto perchè in tanto una persona dà ad un'altra temporaneamente una cosa in quanto *crede* alla (conta sulla) restituzione, lo scambio temporaneo prende il nome di *credito*, mentre il nome di *scambio* rimane allo scambio definitivo.

A sua volta lo scambio temporaneo si distingue secondo che il godimento del bene dato a credito si limiti al suo *uso* o

Inet. Bras. Dir. Com. Comp. e Bibl.  
T. ASCARELLI

si spinga alla sua *consumazione*: a queste due ipotesi corrispondono il *credito di uso* e il *credito di consumazione*.

aa) Il credito di uso presenta un fenomeno di fiducia meno intenso che il credito di consumazione; potrei dire che chi fa questo credito conta soltanto sulla *onestà* di chi lo riceve; se io presto a un amico il mio cavallo, non mi domando se egli *potrà*, ma solamente se egli *vorrà* restituirmelo.

bb) Il credito di consumazione, invece, ha un meccanismo diverso; qui la cosa che si dà a credito viene consumata e ciò che si restituisce è il *tantundem*; perciò i beni, sui quali questa forma di credito si può esercitare, debbono essere *beni fungibili*, dei quali ciascuna unità equivale all'altra; ma perciò, d'altra parte, chi prende a credito, se non ha attualmente, conta però di avere in futuro il bene di cui ha bisogno; se non può fare questo conto, non può contare di restituire. Si riferisce pertanto al credito di consumazione la definizione del credito come scambio di una ricchezza presente contro una ricchezza futura; qui veramente chi riceve a credito sconta il futuro e chi dà conta non solamente sulla *onestà* ma sulla *capacità produttiva* di lui; quando io presto a un vicino del grano non prevedo soltanto che egli *vorrà*, ma anche che *potrà* restituirmelo. Per questo suo maggior contenuto di fiducia, il credito di consumazione è, rispetto al credito di uso, un credito alla seconda potenza; e potrebbe chiamarsi anche credito *proprio* in confronto col credito *improprio*.

β) D'altra parte lo scambio può essere *gratuito* o *oneroso*; in altri termini, *unilaterale* o *bilaterale*. Nel primo caso una persona lascia godere ad altri un bene suo senza averne nulla in corrispettivo; nel secondo ciascuna delle due persone lascia godere all'altra un bene proprio. È quasi superfluo aggiungere che lo scambio bilaterale è pure un fenomeno di circolazione *più intenso* che lo scambio unilaterale.

Naturalmente le due distinzioni si combinano insieme

nel senso che tanto lo scambio temporaneo quanto lo scambio definitivo può essere a sua volta *gratuito* o *oneroso*. Così la donazione attua uno scambio definitivo gratuito; la vendita uno scambio definitivo oneroso; il prestito può attuare uno scambio temporaneo gratuito o oneroso secondo che sia pattuito o no un interesse; ancora, al comodato corrisponde uno scambio temporaneo gratuito e alla locazione uno scambio temporaneo oneroso.

Per amore di precisione conviene notare altresì che una combinazione tra le due distinzioni può avvenire nel senso che dei due scambi, onde si compone lo scambio bilaterale, uno sia temporaneo e l'altro definitivo; in questo caso si ha una forma di scambio bilaterale misto: si ponga in confronto, sotto questo profilo, la locazione, mediante la quale il locatore dà temporaneamente la cosa e riceve definitivamente il prezzo, con un contratto innominato, per virtù del quale due persone si prestino vicendevolmente due cose diverse.

Avendo così, in questo punto, avvertito che le due forme fondamentali della circolazione sono la *associazione* e lo *scambio*, mentre il *credito* non è a sua volta che *una sottospecie dello scambio (scambio temporaneo)*, è però ora opportuno, per la agilità della terminologia, chiamar sempre lo *scambio temporaneo* col nome di *credito*, onde, al fine di ottenere maggiore chiarezza nella esposizione, alla bipartizione: *associazione e scambio* viene qui sostituita la tripartizione: *associazione, credito e scambio*.

c) Non basta ancora. Man mano che la vita economica progredisce e si complica, si manifesta e si acuisce sempre più il bisogno non solo di sostituire un uomo ad un altro nel godimento attuale di un bene, ma perfino nella aspettativa di un godimento futuro. È bene spiegare questo ulteriore sviluppo della circolazione e della sua tutela con qualche esempio: il banchiere che presta denaro al cliente o il privato che conferisce denaro in una società tanto più facilmente si determinano

a questa operazione quando sia loro consentito di recuperare il loro denaro anche prima della scadenza del contratto sostituendo un altro a sè nei relativi contratti cioè cedendo ad altri la loro posizione. Questa è una forma di circolazione, la quale risponde non tanto ad una economia più progredita quanto ad uno stadio assai sviluppato della sua tutela giuridica. Il nome che si dà al contratto, mediante il quale questa forma si attua, è quello di *cessione*; con questo nome ritengo che possa essere designato anche il fenomeno economico, che ne costituisce il substrato.

Così le forme elementari della circolazione diventano quattro: *allo scambio, al credito, alla associazione* si aggiunge *la cessione*.

4. *Mezzi economici della circolazione.* — Tanta è l'importanza della circolazione, che la vita ha creato una quantità di strumenti per agevolarla. Avviene per la circolazione economica la stessa cosa che per la circolazione fisica, la quale non potrebbe raggiungere la rapidità sempre più necessaria alla nostra vita se non ci fossero *i veicoli*.

Alcuni di questi strumenti sono nettamente economici. Poichè il maggior ostacolo alla circolazione sta nel procurare la coincidenza di due situazioni, quali sono quella di chi *ha più* e quella di chi *ha meno di quanto gli occorre* per la soddisfazione dei suoi bisogni, la sua agevolazione richiede l'ufficio di un *medio*, il quale determini questo incontro. Il *medio* della circolazione, il quale allaccia le due situazioni, può essere *subbiiettivo* oppure *obbiettivo*.

a) Il medio subbiiettivo è *il commerciante*. La funzione del commerciante è tipicamente funzione di *intermediario nella circolazione dei beni*. Secondo le varie specie di circolazione il commerciante si distingue in *mercante* (intermediario nello *scambio*), *banchiere* (intermediario nel *credito*), *imprenditore* (intermediario nel [nello scambio di] *lavoro*); un ulteriore

sviluppo dello scambio e del credito, sul quale dirò una parola più oltre, genera, accanto a quelle del mercante e del banchiere, la figura dell'*assicuratore* (intermediario nel *rischio*).

L'atto di intermediazione tipico è ciò che, in linguaggio tecnico si chiama, o dovrebbe chiamarsi, *atto di commercio*.

b) Il medio obbiettivo è la *moneta*. La funzione della moneta si può concepire come *una riduzione dei beni al medesimo denominatore*; perciò essa si interpone come *ens medium* fra i due beni che, in ultima analisi, debbono essere scambiati.

Interposizione del commerciante e interposizione della moneta agevolano la circolazione secondo un medesimo schema: convertendo un solo scambio, che sarebbe difficile da ottenere, in due scambi collegati, i quali si ottengono più facilmente; chi ha troppo grano e troppo poca lana per i suoi bisogni difficilmente troverebbe chi abbia, invece, troppa lana e troppo poco grano; il mercante e la moneta gli permettono di trovare non già direttamente costui, ma un tale che è sempre disposto a prendere grano contro moneta e un tal altro che è del pari sempre disposto a prendere moneta contro lana.

5. *Mezzi giuridici della circolazione*. — Ma una riflessione elementare ammonisce che codesti mezzi economici non sarebbero sufficienti ad ottenere quello sviluppo del fenomeno circolatorio, che è sempre più necessario al soddisfacimento dei bisogni umani. Per poco che vengano superate le forme rudimentali del baratto contemporaneo o della associazione efimera, si può affermare che la circolazione non è concepibile senza la tutela del diritto; precisamente il fenomeno economico della associazione, dello scambio, del credito non può vivere o, almeno, prosperare se non sia racchiuso nelle forme giuridiche della società, della vendita, del mutuo e via dicendo. Quanto alla cessione, vedremo che non tanto la sua fortuna pratica, ma la stessa sua esistenza richiede che la circolazione sia giuridicamente regolata. Tanto è ciò vero che

vi è nel modo di pensare comune una viva tendenza a confondere insieme il lato giuridico con il lato economico del fenomeno circolatorio e così il mezzo col fine. La ragione di questo necessario intervento del diritto sta in ciò che, naturalmente, codesto fenomeno, in tutte le sue forme, determina tra le persone costituenti i soggetti della circolazione come tra le pere e i terzi, conflitti di interessi, i quali, se non fossero questi posti o regolati dal diritto, turberebbero lo svolgimento del fenomeno e perfino lo renderebbero impossibile: chi venderebbe il suo fondo, chi affitterebbe la sua casa, chi presterebbe il suo denaro se il diritto non garantisse il suo interesse al pagamento del prezzo o della mercede, alla riconsegna della cosa o alla restituzione della somma?

Il diritto opera in questo campo, come sempre, regolando la condotta degli uomini, cioè spingendoli a operare *in un certo modo* al fine che alcuni di essi si procurino i beni i quali appartengono ad altri. Questa determinazione avviene da un lato col *vietare* certi modi adottati per raggiungere codesto fine; dall'altro col *favorirne* certi altri e così non solo col *permetterli* ma con l'attribuirvi *tale efficacia* che ne derivi la tutela dell'interesse al godimento del bene altrui. Si può distinguere così una circolazione dei beni *secondo il diritto* da una circolazione *contro il diritto*; la antitesi tra questi due tipi si assapora contrapponendo la compera al furto. È chiaro che se la teoria giuridica della circolazione concerne lo studio dei mezzi impiegati dal diritto per attuarla, rimane compresa nel suo ambito soltanto la circolazione *secondo il diritto*.

È chiaro del pari che se la circolazione consiste nello spostamento di un bene dal godimento di uno al godimento di un altro soggetto, il diritto non può operare per favorirla se non facendo derivare da certi fatti un corrispondente spostamento della tutela degli interessi di ciascuno dei due soggetti rispetto al bene medesimo. Ciò vuol dire che l'ordinamento giuridico

della circolazione si risolve nella determinazione di alcuni schemi di atti, ai quali si attribuisce codesta efficacia.

Ho già avvertito che codesto ordinamento si forma per una ragione di pubblico interesse, in quanto la circolazione dei beni è una delle condizioni elementari per la vita della società. Ma codesto pubblico interesse può essere servito dalla *iniziativa pubblica* o dalla *iniziativa privata*; e così gli atti, che hanno efficacia sulla circolazione, possono essere compiuti in virtù di un *pubblico potere* o in virtù di un *diritto subbiiettivo privato*, onde si distingue una *circolazione di diritto pubblico* da una *circolazione di diritto privato*.

La differenza tra questi due tipi si intenda bene che non consiste nel fine sibbene soltanto nel mezzo dell'intervento del diritto. Chi vuol persuadersi subito di questa verità paragoni la *vendita* con la *espropriazione per pubblica utilità*, la *donazione* con la *imposta* o il *contratto di lavoro* con l'*arruolamento militare necessario*; in tutti questi casi vi sono dei beni che si spostano per una ragione economica costante mentre varia la natura del fatto, a cui il diritto ricollega la sua azione: quando a una conveniente distribuzione dei beni non si ritenga mezzo idoneo la iniziativa privata, il diritto attua lo spostamento mediante l'esercizio del pubblico potere.

Pertanto una compiuta teoria giuridica della circolazione dovrebbe comprendere così lo studio dei suoi mezzi secondo il diritto privato come secondo il diritto pubblico. Qui però se ne espone soltanto lo schema secondo il diritto privato, al quale deve forse riconoscersi la maggiore importanza essendo la iniziativa privata il mezzo precipuo per determinare la circolazione; e ciò non già perchè il fenomeno non interessi lo Stato ma perchè questo ravvisa in quella iniziativa, e, dietro di essa, nell'interesse dei singoli lo strumento più adatto al suo naturale svolgimento.

Mezzi giuridici della circolazione possono pertanto ritenersi quegli atti, ai quali il diritto ricollega la tutela degli in-

teressi impegnati nella circolazione medesima, o, in altre parole, la modificazione della situazione giuridica preesistente, che consegue la tutela dell'interesse al godimento del bene altrui.

6. *Il problema giuridico della circolazione.* — Dato che la circolazione consiste nello spostamento di un bene da uno a un altro titolare è chiaro che il problema del suo ordinamento giuridico sorge dalla diversità degli interessi, che debbono essere tenuti in conto e rispettivamente garantiti: *interessi di ciascuna delle parti e interessi dei terzi.*

Come questi interessi siano diversi e possano essere in contrasto fra di loro può dimostrarsi fin da ora con un esempio elementare: chi dà una casa in locazione ha interesse a lasciarla godere altrui il meno possibile; chi la prende, a goderla il più possibile; un terzo, a sua volta, può avere interesse a godere la casa per sè. Senza dubbio la conciliazione di questi interessi costituisce una difficoltà assai grave, che il nostro ordine giuridico ha risolto in modo tutt'altro che perfetto.

I criteri, ai quali si può ricondurre la risoluzione di questo problema, mi sembrano questi tre: *libertà, apparenza e sicurezza della circolazione.*

a) In linea di principio, e salvo quanto fu detto al punto precedente, la circolazione è lasciata alla iniziativa delle parti, le quali provvedono liberamente al loro interesse. Il fondamento di questo principio è manifesto: poichè la circolazione serve a far defluire i beni dal luogo in cui non possono sviluppare la loro utilità e a farli affluire dove ve ne è maggior bisogno, il mezzo migliore per determinarla è quella iniziativa delle parti, le quali meglio di ogni altro conoscono i rispettivi bisogni. La circolazione secondo il diritto privato è dunque tipicamente *libera o volontaria*, mentre alla circolazione secondo il diritto pubblico si può riconoscere il carattere di *circolazione forzata*.

b) D'altro canto, se il far circolare un bene dipende dalla volontà delle parti, il fatto che determina la circolazione ha da essere tale che ne consegua la *apparenza* della circolazione medesima: le parti possono far muovere i beni o lasciarli fermi, ma quando li muovono conviene che facciano sapere dove vanno.

c) Infine, affinchè i vantaggi della circolazione siano garantiti, occorre che il fatto determinante la circolazione abbia tale efficacia che ne consegua per chi aspira al godimento del bene altrui la *sicurezza* di poterlo godere.

---

## TITOLO PRIMO

### DELLA LIBERTÀ DELLA CIRCOLAZIONE

7. *Il contratto come strumento giuridico della circolazione.* — Qui si tratta di chiarire come opera nel meccanismo giuridico della circolazione il principio della iniziativa privata.

Iniziativa privata vuol dire iniziativa delle *parti*; così si chiamano i *soggetti della circolazione*. Poichè costoro sono due: chi ha il bene e chi vi aspira, la iniziativa deve essere *duplicata* o *combinata*. Tanto basta per concludere che l'atto giuridico privato, onde deriva la tutela della circolazione, è il contratto; o che, in altri termini, la *libertà* della circolazione si risolve nella sua *contrattualità*.

È bene che il lettore si renda conto come la contrattualità della circolazione traduca in atto nella misura massima il principio della iniziativa individuale, il quale domina, non come fine, ma come mezzo, il nostro diritto privato. Poichè i soggetti della circolazione sono due, è un riconoscimento della libertà di ciascuno che le reciproche situazioni non si spostino senza il concorso delle due volontà. Una riflessione di questo genere giova a far comprendere la ragione profonda per cui il nostro diritto privato, tradizionalmente e felicemente impregnato di quel principio, non riconosce effetto commutativo alla promessa unilaterale; la verità è che la efficacia di questa pare che accresca il dominio della volontà individuale, ma la

apparenza è fallace; al contrario la espressione massima di questa sovranità è che neanche la volontà benefica del donante operi senza che il donatario accetti di essere beneficiato.

Questo facile ragionamento dev'essere riprovato alla stregua del diritto positivo. È altrettanto facile dimostrare secondo le norme di questo che *a) il contratto e b) solamente il contratto è il presupposto della tutela della circolazione.*

*a)* Secondo l'art. 710 cod. civ. « la proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono... per effetto di convenzioni ». Questa formula è certamente inesatta nel senso che da una parte il contratto non serve soltanto a costituire o a trasmettere diritti reali; che, dall'altra, come si vedrà anche in seguito, a determinare codesta costituzione o trasmissione il contratto non basta da solo; ma esprime, sia pure malamente, la verità che il contratto è un mezzo per la modificazione dei rapporti giuridici e così per lo spostamento giuridico dei beni. Appunto una delle funzioni, se non la sola, del contratto e certamente la sua funzione più cospicua è quella di attuare giuridicamente la circolazione dei beni.

Quando l'art. 1098 cod. civ. definisce il contratto come « l'accordo di due o più persone per costituire regolare o sciogliere fra loro un vincolo di diritto », le sue parole meritano di essere chiarite. Il contratto può costituire un vincolo o rapporto di diritto nel senso di far sorgere fra di loro un rapporto nuovo, cioè diverso da quello che prima esisteva; può regolarlo, nel senso da sottoporlo a regole che altrimenti non lo governerebbero; può scioglierlo nel senso da toglier di mezzo il rapporto che esisteva prima; ma non può nè costituirlo nè regolarlo nè scioglierlo, invece, nel senso da mettere un rapporto dove prima non ce n'era nessuno oppure da escludere ogni rapporto dove prima ce n'era uno oppure da istituire una regola dove prima mancava del tutto. Invero, anche prima della conclusione del contratto costitutivo il conflitto di interessi sul quale i contraenti dispongono è e deve essere composto dal diritto in

un rapporto giuridico come anche dopo la conclusione del contratto risolutivo il conflitto medesimo resta e deve restare disciplinato dal diritto. La analisi di qualunque contratto fornisce facilmente la riprova di questa verità: così quanto alla donazione, alla vendita, alla locazione, al contratto di lavoro, alla società non sarebbe esatto credere che prima del contratto non ci siano diritti ed obblighi di una parte verso l'altra: al contrario il donante, il venditore, il locatore, il socio ha il diritto di proprietà sulla cosa che vuol donare, vendere, locare, conferire e il donatario, il compratore, il conduttore, l'altro socio ha l'obbligo correlativo (obbligo del *non dominus*); per il contratto di lavoro, in luogo della proprietà sulla cosa, sta il diritto del lavoratore sul proprio corpo. Può essere perfino incerto chi abbia il diritto e chi l'obbligo; così avviene nella transazione; ma la incertezza è un fenomeno subbiiettivo, la quale non toglie che il diritto e l'obbligo esistano in realtà. Per lo meno, se dei contraenti uno non ha il diritto e l'altro l'obbligo, debbono disporre rispetto ad esso nella ipotesi della sua esistenza o del suo acquisto; così si spiega, per esempio, la vendita o la locazione della cosa altrui. Ciò vuol dire che il contratto non serve a creare una situazione giuridica originaria, ma opera rispetto a una situazione giuridica esistente o supposta come tale. Opera in tre modi o in tre direzioni diverse:

a) allo scopo di *dichiararla* o *accertarla*: così si delinea la categoria dei contratti di *accertamento*, sottospecie dei negozi di *accertamento*, dei quali qui non è possibile chiarire la nozione mentre se ne fa cenno solamente in quanto è necessario per la intelligenza della funzione del contratto rispetto alla circolazione e più precisamente per la classificazione dei contratti che servono a quest'ultima. Il prototipo di tale categoria è la *transazione*, la quale serve al medesimo scopo della *sentenza* e ne costituisce un equivalente (art. 1772 cod. civ.). A rigore la funzione dichiarativa del contratto non risulta dal-

Inst. I.  
T. ACCERTAMENTO

la definizione dell'art. 1098, la quale può ritenersi manchevole sotto questo aspetto.

β) Una seconda categoria, in ordine alla funzione, è quella dei contratti *normativi*: a questa si riferisce l'art. 1098 quando parla di « *regolare un vincolo di diritto* ». La particolarità di questo tipo di contratto sta in ciò che esso non determina uno spostamento attuale nella situazione giuridica dei contraenti, ma solo invece il modo dello spostamento in quanto, per virtù di un contratto o di un diverso fatto giuridico, sia per avvenire; in altre parole non riguardano l'*an* dello spostamento, ma il *quomodo*. La figura più interessante della categoria qui considerata è il *contratto di tariffa*, non nominato dalla nostra legge; a questa figura si riconduce, per quanto sia oramai fuori dal diritto privato, il c. d. *contratto collettivo* (di lavoro). Probabilmente nella medesima categoria rientra il contratto di *conto corrente*, regolato dagli art. 345 e seg. cod. comm.

γ) La terza categoria, che è senza confronto la più importante e la più numerosa, è quella dei contratti *commutativi*, compresi nella definizione dell'art. 1098 in quanto parla di *costituire o sciogliere un vincolo di diritto*: più propriamente, per le ragioni accennate poco fa, il loro effetto sta nella *modifica* o *spostamento* di una situazione giuridica preesistente: vendita, donazione, locazione, società, contratto di lavoro tendono a mettere un diritto al posto dell'obbligo del *non dominus*, che prima incombeva al donatario, al compratore, al conduttore, al socio, all'imprenditore rispetto alla *res in contractum deducta*, e così a muovere il bene verso di lui. Appunto perciò sono i contratti di questa categoria che, in quanto determinano uno spostamento nella appartenenza dei beni, ne attuano la circolazione (1).

---

(1) A sua volta la categoria dei contratti *commutativi* dovrebbe dividersi in due specie secondo che la modificazione da essi operata riguardi il diritto

Tale spostamento può essere *semplice, duplice o molteplice* secondo che il contratto sia *unilaterale, bilaterale o plurilaterale*. Appunto la unilateralità, bilateralità o plurilateralità del contratto sta in ciò che si modifichi uno solo dei rapporti esistenti fra le parti, oppure che se ne modifichino due oppure più di due. Vendita e donazione hanno sempre due parti; ma la donazione è un contratto unilaterale perchè si modifica solo il rapporto esistente tra donante e donatario rispetto alla cosa donata, mentre con la vendita si modifica altresì il rapporto corrente tra venditore e compratore rispetto al denaro di quest'ultimo, donde la sua bilateralità.

b) Certo i beni si spostano da un titolare all'altro anche indipendentemente dal contratto; ma in tal caso lo spostamento non rappresenta un fenomeno circolatorio. Qui conviene che il lettore stia attento per sceverare alcune nozioni tra le quali non è difficile confondere.

La circolazione richiama in primo luogo la esistenza contemporanea dei due soggetti, tra i quali si attua; in secondo luogo la identità del bene circolante; infine la correlazione o reciprocità tra la modificazione delle rispettive situazioni giuridiche.

a) Non corrisponde pertanto a un fenomeno di circolazione la successione per *estinzione del soggetto*, della quale la specie più nota è la *successione a causa di morte*, appunto perchè esclude la esistenza contemporanea di due soggetti: qui non tanto un bene passa da un soggetto a un altro, quanto un soggetto prende il posto di un altro. Così tra la nozione giuridica della successione e la nozione economica della cir-

---

*materiale* o il diritto *processuale*; a questa seconda specie appartengono in realtà i c. d. contratti di garanzia, quali sono la *fideiussione*, il *pegno*, la *ipoteca*, la *anticresi*. Una dimostrazione di tali affermazioni non rientra nel piano di questo libro; qui si soggiunge solo che, naturalmente, i contratti di garanzia non sono, almeno direttamente, strumenti di circolazione.

colazione non si dà coincidenza, ma interferenza; vedremo che la circolazione può attuarsi per mezzo della successione (singolare), ma può anche darsi così circolazione senza successione (*infra*, n. 14 e 15) come successione senza circolazione.

β) Non corrisponde del pari a un fenomeno di circolazione l'acquisto della proprietà per accessione sopra ciò che si incorpora o si unisce alla cosa (art. 446 e seg. cod. civ.) perchè, nei limiti in cui avviene tale acquisto e la perdita correlativa a carico del *dominus* della cosa incorporata, questa perde la sua *species*, cioè la sua individualità.

γ) Non corrisponde, infine, a un fenomeno di circolazione la prescrizione acquisitiva, per la terza ragione dianzi indicata: manca qui invero la reciprocità tra la modificazione delle situazioni giuridiche dei due titolari; perdita del dominio da parte del soggetto passivo e acquisto da parte del soggetto attivo della usucapione non sono termini correlativi ma indipendenti l'uno dall'altro tanto è vero che mentre non è concepibile che il donante o il venditore si spogli della proprietà se non a favore del donatario o del compratore, è non solo ammissibile ma ammesso, se non dalla nostra da altre legislazioni, che il proprietario inerte di fronte al possesso altrui perda la proprietà senza che la acquisti il possessore. Si intende che tale diversità di struttura giuridica trova la sua ragione nella diversità del fenomeno economico: certo anche la usucapione determina uno spostamento nella situazione giuridica dei beni ma qui il diritto opera per far affluire i beni non già *dalla abbondanza verso il bisogno* bensì *dall'inerzia verso il lavoro*.

Ritenuto, d'altra parte, che la occupazione, di cui parla il primo comma dell'art. 710, come modo di acquisto strettamente originario della proprietà, non ha che fare con la circolazione, resta dimostrato che, secondo la stessa formula del-

l'art. 710, la circolazione non si attua se non mediante il contratto (1).

8. *Classificazione dei contratti commutativi.* — Se pertanto il contratto si considera come lo strumento giuridico della circolazione; e se, d'altra parte, si rammentano le forme elementari di questa, che sono lo *scambio*, il *credito*, la *associazione* e la *cessione*, ne deriva una chiara classificazione dei contratti commutativi nelle categorie seguenti: *contratti di scambio*, *contratti di credito*, *contratti di associazione*, *contratti di cessione*. Per la ragione, che esporrò tra poco, a queste quattro categorie conviene aggiungerne una quinta, costituita dai *contratti di lavoro*.

(1) Ho già accennato nel testo poco fa perchè, secondo il nostro diritto, ciò che qui chiamo l'effetto commutativo non spetti al *negozio unilaterale* e così non esista nel nostro diritto un *negozio unilaterale commutativo*.

Per quanto concerne l'effetto *costitutivo* (dello spostamento) questa affermazione non sorprenderà alcuno, poichè la dimostrazione ne è stata data più di una volta, salvo che per la ipotesi del c. d. *negozio cambiario*, nel quale la dottrina corrente pare sempre più concorde a vedere appunto un *negozio unilaterale* generante un diritto di credito (c. d. diritto *cartolare*), e, in genere, del *negozio costitutivo* del diritto, che si dice incorporato nel titolo di credito. Ma proprio con questo libro mi propongo di dimostrare che il *negozio cambiario non esiste* (*infra*, n. 83).

Certo, invece, vi sono dei negozi unilaterali, ai quali la legge riconosce effetto *risolutivo* (c. d. *recesso unilaterale*), e questo non nego che rientri, come altra specie, nella nozione dell'effetto commutativo, poichè la situazione giuridica, tornando come era prima, si sposta nuovamente. Ma il vero è che in questi casi il dissenso di una delle parti opera piuttosto come *limite dell'effetto commutativo determinato dal contratto* che come *causa di un nuovo mutamento*.

Maggiore attenzione merita qualche ipotesi di *effetto modificativo* della situazione creata da un contratto, che la legge attribuisce se non proprio a un *negozio unilaterale*, per lo meno a un *negozio meno complesso di quello che non sia stato il contratto costitutivo*. Alludo alla figura del *negozio modificativo del contratto sociale deliberato non dalla unanimità ma dalla maggioranza dei soci* (art. 158 cod. comm.): una figura che presenta, se non mi illudo, estremo interesse per la teoria generale del diritto. Qui la realtà dell'effetto commutativo è fuori dubbio e la deroga al principio della contrattualità non può essere disconosciuta. Ciò vuol dire: deroga al principio della autonomia individuale, il quale trova nell'istituto del contratto la sua più alta espressione.

1897. 1.  
T. ASSARELLI

Avverto che questi tipi spesso si combinano nella pratica così che un contratto presenta i caratteri di due o anche di più tipi anzichè di uno soltanto; questa commistione è un fenomeno che la scienza ha osservato ripetutamente e accende naturalmente il problema della definizione del contratto, in cui la commistione si presenta. Per esempio, la *vendita a credito*, a differenza dalla *vendita per contanti*, contiene elementi di scambio e elementi di credito; una commistione analoga, sebbene in diverso modo, si presenta nel *cambio marittimo*; nella *locazione d'opera con somministrazione dei materiali da parte dell'artefice* si fondono insieme scambio e lavoro; nella *mezzadria* e nella *soccida* credito e associazione; nell'*impiego con partecipazione agli utili* associazione e lavoro.

9. *Contratti di scambio.* — Elemento caratteristico del contratto di scambio è la trasmissione *definitiva* di un bene da uno all'altro contraente. Questa trasmissione può essere *totale* o *parziale*, *gratuita* o *onerosa*.

a) Si parla di trasmissione totale o parziale nel senso che al destinatario della trasmissione sia garantito un godimento illimitato o limitato della cosa. Un esempio di questa differenza il lettore può trovare contrapponendo la *vendita di un immobile* col contratto *mediante il quale si costituisce una servitù prediale*; a questa seconda categoria appartiene anche la *costituzione di usufrutto*, sebbene, per la natura dell'usufrutto, il quale garantisce un godimento piuttosto limitato nel tempo che nella misura, qui il contratto di scambio si avvicini singolarmente al contratto di credito (locazione); del pari può darsi accanto alla cessione totale la cessione parziale della privativa (art. 37 n. 1 e 2 del decreto legge 7 novembre 1925, n. 1950).

Anche il contratto di scambio parziale, in quanto sia gratuito o oneroso, rientra a vicenda nello schema della *donazione* o della *vendita*; in altre parole si può avere una donazione o una vendita parziale anzichè totale della cosa; gli

art. 1050 e 1447 cod. civ., i quali definiscono la donazione e la vendita, non contengono in proposito alcuna restrizione: il « dare la cosa » o lo « spogliarsi della cosa » comprende tanto il darla per il suo godimento totale quanto per il suo godimento parziale; perciò il contratto, mediante il quale si costituisce una servitù prediale o un usufrutto, è una donazione o una vendita secondo che la costituzione avvenga senza o con corrispettivo.

b) Secondo che sia gratuito o oneroso il contratto di scambio riceve nome e disciplina diversa.

a) Lo scambio gratuito si attua mediante la *donazione*. È notissimo che la donazione, sebbene dal codice civile non sia collocata fra i contratti nè sia definita come un contratto (cfr. art. 1050), ha questo carattere come risulta chiaramente dall'art. 1057.

β) Il contratto di scambio oneroso presenta invece tre forme fondamentali, le quali si distinguono per il rapporto qualitativo tra i beni che vengono scambiati.

aa) Quando si scambia una cosa contro denaro, il contratto prende il nome di *vendita*: « la vendita » dice l'art. 1447 cod. civ. « è un contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo ».

A rigore vendita dovrebbe chiamarsi anche il contratto mediante il quale si scambia contro denaro quella cosa immateriale che è l'oggetto della privativa artistica o industriale; ma qui la legge e la pratica, come tengono distinto il nome del diritto reale che, quando ha per oggetto quel bene immateriale, si chiama *diritto d'autore* o *diritto di privativa*, anzichè *diritto di proprietà*, così usano parlare piuttosto di *cessione della privativa* cioè del *diritto* che di *vendita della cosa* (cfr. art. 38 e seg. del decreto legge 7 novembre 1925 n. 1950; l'art. 46 del decreto 30 ottobre 1859 n. 3731 per le privative industriali parla invece, in modo generico, di « atto di trasferimento »).

Una figura vicina alla vendita è l'*enfiteusi perpetua*, de-

LIBR. M. E.  
T. ASCARELLI

finita dall'art. 1556 cod. civ. come « un contratto, col quale si concede, in perpetuo... un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in denaro o in derrate »; se invece la enfiteusi sia *temporanea*, la analogia si verifica rispetto alla locazione.

bb) Quando, invece, si scambiano due cose, delle quali nessuna è denaro, viene conchiuso un contratto di *permuta*; « la permuta » dice l'art. 1549 cod. civ. « è un contratto con cui ciascuna delle parti si obbliga di dare una cosa per averne un'altra ».

Dicendo che delle due cose permutate nessuna è denaro, si intende che nessuna è *considerata come denaro*, cioè per la sua funzione di *medio circolante*; che possa avere tale funzione, ma sia invece considerata indipendentemente da questa, non esclude anzi richiama la figura della permuta, onde appartiene tipicamente a questa categoria il *contratto di cambio* (permuta di *monete o divise diverse*).

cc) Può parere che presupposto logico dello scambio sia la diversità qualitativa tra le cose scambiate; nella vendita questa diversità è manifesta e altrettanto nella permuta, poiché la legge parla di « dare *una* cosa per averne *un'altra* » (1). Ma i bisogni della vita economica hanno creato una forma di

(1) Alla differenza qualitativa può essere equiparata o forse meglio in essa può essere ricompresa la differenza *locale*, in quanto sia assimilata a una qualità della cosa o si consideri come tale la sua situazione nello spazio. Questa osservazione serve a far intendere come rientri nel contratto di cambio quello scambio tra la *pecunia praesens* e la *pecunia absens*, che costituì il punto di emersione storica del titolo di credito (cambio traiettizio); per lo più del resto, nel periodo in cui la cambiale è sorta, la diversità locale si rifletteva in una diversità di conio della moneta. Peraltro come la *distantia loci* porta necessariamente con sé una *distantia temporis* e così, in confronto con la *pecunia praesens*, la *pecunia absens* può essere *pecunia futura*, il cambio traiettizio ha in sé necessariamente un germe di credito, il che appunto spiega la evoluzione della cambiale da strumento traiettizio in strumento creditizio.

scambio, in cui la differenza è, invece, soltanto *quantitativa*: si scambia, precisamente, *denaro* contro *denaro*, ma naturalmente, affinché lo scambio abbia una ragione, in quantità diversa, il che, appunto, può darsi quando la *quantità minore sia certa* e la *quantità maggiore sia incerta*; così, in fondo, la differenza quantitativa si risolve se non in una differenza qualitativa, in qualcosa che vi assomiglia: alla stessa guisa che la *pecunia absens* e la *pecunia praesens*, la *pecunia certa* e la *pecunia incerta* forniscono i termini possibili di uno scambio.

Il contratto, che garantisce questo scambio, è il *contratto di assicurazione*, in virtù del quale, dice l'art. 417 cod. comm., « l'assicuratore si obbliga, mediante un premio, a risarcire le perdite o i danni che possono derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti o di forza maggiore, ovvero a pagare una somma di denaro secondo la durata o gli eventi della vita di una o più persone »; è, appunto, un carattere naturale della assicurazione che il *premio*, dovuto dall'assicurato, sia minore dell'*indennità*, dovuta dall'assicuratore; questa differenza si spiega con ciò che il primo è dovuto *in ogni caso* e, invece, la indennità è dovuta solo per l'avverarsi di una *condizione* (nella assicurazione *contro i danni* e in alcune forme di assicurazione *sulla vita*) o di un termine *certus an incertus quando* (in altre forme di assicurazione *sulla vita*), onde lo scambio avviene tra il *poco certo* e il *molto incerto* (1).

---

(1) Uno scambio e perciò un fenomeno di circolazione deve essere ravvisato anche nella scommessa: qualche volta uno scambio unilaterale (*scommessa*); qualche volta anche bilaterale (*giuoco*); in questo secondo caso lo scambio è veramente tra la *pecunia certa* (la c. d. *messa* o *posta* del giuoco) e la *pecunia incerta* (la *vincita*) e perciò il giuoco simula la struttura della assicurazione; ma la differenza sta nella funzione economica: l'assicurato tende a eliminare le conseguenze di un rischio, che è in *rerum natura*, mentre lo scommettitore tende a provocarle; in ciò sta la antitesi tra il *commercio* e il *giuoco*. Perciò il diritto da una parte non favorisce la circolazione attuata mediante il giuoco o la scommessa (art. 1802 e seg. cod. civ.), dall'altra, entro certi limiti, la vieta (art. 718 e seg. cod. pen.).

10. *Contratti di credito.* — Elemento caratteristico del contratto di credito è la attribuzione a uno dei contraenti del godimento *temporaneo* di una cosa.

Naturalmente, se il godimento deve essere temporaneo, la cosa deve essere restituita; non è però necessario che sia restituita la cosa stessa; al contrario, quando si tratti di cose fungibili, oggetto della restituzione può essere il *tantundem*; in tal caso la identità delle cose è considerata non tanto nella sua *species* quanto nel *genus* onde ogni cosa compresa in questo *vicem fungitur* di ogni altra; perciò appartengono a questa categoria tanto il *comodato* o *prestito di uso*, giusta il quale il comodatario deve restituire « la stessa cosa ricevuta » (art. 1805 cod. civ.), quanto il *mutuo* o *prestito di consumazione*, giusta il quale il mutuatario deve restituire « *altrettanto* della medesima specie e qualità di cose » (art. 1819); conviene però riconoscere che la figura del mutuo sta sul confine tra la zona dei contratti di credito e quella dei contratti di scambio perchè in realtà nel mutuo uno scambio c'è, però la differenza non è qualitativa nè quantitativa ma solo cronologica.

Appunto perchè, in virtù dei contratti di credito, la cosa ritorna, *dopo un certo tempo*, al suo titolare, dal contratto di credito nasce un rapporto *permanente*, mentre il contratto di scambio genera ordinariamente un rapporto *istantaneo*; questa non è però, per il contratto di scambio, una regola senza eccezioni: il lettore ricordi a questo proposito il contratto di assicurazione; a tale ipotesi può anche aggiungersi il *contratto di somministrazione*, che è per lo più una vendita *a esecuzione periodica*.

Anche il godimento temporaneo, caratteristico dei contratti di credito, può essere *totale* o *parziale*, *gratuito* o *oneroso*.

a) Anche del *comodato* o della *locazione* si può dire come della donazione o della vendita che possono conchiudersi così per fornire un godimento limitato come per fornire il

godimento pieno della cosa: il contratto mediante il quale il proprietario di un giardino concede, con o senza corrispettivo, che altri, in certe ore, se ne serva soltanto per andarvi a passeggiare o a giocare, è sempre una locazione o un comodato.

b) Secondo che sia gratuito o oneroso il contratto di credito si distingue in alcune specie nominate.

a) Quando è gratuito, se ha per oggetto cose infungibili, prende il nome di *comodato* (art. 1805); se cose fungibili, si chiama *mutuo* (art. 1819).

β) Se vi è, invece, corrispettivo, conviene distinguere tra il corrispettivo in denaro e il corrispettivo in natura.

aa) Non è escluso che taluno conceda il godimento temporaneo di una cosa infungibile o di una data quantità di cose fungibili per avere in cambio il godimento di un'altra cosa infungibile o di un'altra quantità di cose fungibili: io ti presto il mio cavallo o una somma di denaro purchè tu mi presti il tuo carro o una certa quantità di derrate. Un contratto di questo genere non è previsto dalla nostra legge e si colloca perciò tra i contratti innominati; il lettore vede che sta alla locazione precisamente come la permuta sta alla vendita.

bb) Ma nella pratica il corrispettivo è costituito quasi sempre da denaro, vale a dire da un *prezzo*.

αα) In tal caso, il contratto di credito oneroso, se ha per oggetto una cosa infungibile, è la *locazione*: « un contratto » dice l'art. 1569 « col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle ». Quando, anzichè di una cosa materiale, si tratti dell'oggetto del diritto di privativa, e in particolare della privativa industriale, alla *locazione* corrisponde la *licenza*; per via di questa non tanto si trasferisce il diritto di privativa, quanto si attribuisce a taluno il diritto personale di servirsi della invenzione entro determinati limiti di tempo e di spazio.

ββ) Il contratto di credito oneroso, se ha invece per oggetto cose fungibili, rientra ancora nello schema del *mutuo*: l'art. 1829 cod. civ. distingue dal mutuo semplice il *mutuo ad interesse* o *mutuo feneratizio*; appunto il prezzo del godimento della cosa mutuata prende il nome di *interesse*.

Forme analoghe al mutuo sono la *apertura di credito* e il *deposito bancario ad interesse*: la apertura di credito è nella sostanza un mutuo *consensuale* (*infra*, n. 31), che nella pratica prende diversi atteggiamenti; il *deposito bancario ad interesse* è una figura in cui si mescolano elementi di credito e elementi di lavoro (deposito), in quanto all'interesse alla disponibilità del denaro da parte del banchiere corrisponde l'interesse alla custodia da parte del cliente: deposito puro (irregolare) quando è senza interesse, comincia ad allontanarsene se vi sia clausola di interesse, malgrado il difetto di un termine per la restituzione, la quale possa essere richiesta *ad nutum* dal cliente (deposito *libero* o *a vista*), per avvicinarsi decisamente al mutuo, se all'interesse si accompagna la restituzione differita a una data scadenza (deposito *vincolato*).

11. *Contratti di lavoro*. — Se oggetto del contratto di lavoro dovesse essere considerato, secondo le esigenze della logica, il corpo del lavoratore, tale contratto dovrebbe essere classificato fra i contratti di credito e precisamente, secondo che sia gratuito o oneroso, nella classe del comodato o della locazione. Ma lo stesso diritto romano, per quanto conservi qualche traccia di questa schietta concezione, se ne allontana per la difficoltà o per la ripugnanza di considerare come cosa quello stesso corpo, in cui è la sede della persona, e così quasi per il timore di confondere l'oggetto con il soggetto; perciò la figura della *locatio* ha qui subito una deformazione in quanto se ne colloca l'oggetto non già nel corpo del la-

voratore (*locatio hominis*) ma nelle sue energie di lavoro (*locatio operarum*).

Questa è una costruzione infelice: infatti se oggetto del contratto sono le energie non si tratta più di locazione, ma di vendita, perchè le energie, man mano che si svolgono, vengono consumate a profitto dell'altra parte, che non ha nulla da restituire al lavoratore. D'altro verso però altrettanto fallace sarebbe la collocazione di questo contratto entro la classe dei contratti di scambio perchè in realtà il bene, che si gode, non sono le energie, ma è lo stesso corpo, onde si sviluppano. Non resta altra soluzione fuor da quella di riconoscere che il contratto di lavoro ha la stessa figura del comodato o della locazione, mediante il quale si procura il godimento *temporaneo* o *parziale* di una cosa; ma per il carattere particolare del bene goduto, che è il corpo umano, ov'è la sede della persona, deve esserne distaccato formando una classe a sè (1).

A rigore il godimento del corpo umano che si fornisce a una persona diversa dal suo soggetto non consiste soltanto nello svolgimento delle sue energie a scopo di lavoro: chi vuol rendersi conto di ciò pensi al contratto di *baliatico* o al contratto di *posa* (concluso tra il *modello* e il pittore o lo scultore); la analogia di questi casi con il comodato o con la locazione è veramente urgente. Ma per lo più il godimento è fornito *sub specie* di lavoro e così, nella moderna terminologia, è il lavoro che dà il nome al contratto.

Vi sono dei casi in cui si fornisce soltanto il godimento del corpo umano sotto forma di lavoro: per esempio, l'*operaio manuale* o l'*impiegato* non danno all'imprenditore altro che

(1) La nota più saliente del distacco sta in ciò che il godimento del corpo umano nel contratto di lavoro non si procura ad altri mediante il suo possesso, come avviene invece per la cosa data in locazione; ma è forse vero che non sempre la locazione, quando ha per contenuto il godimento parziale della cosa, presenta questo carattere.

le proprie energie. Ma come, per raggiungere il risultato, occorre per lo più oltre l'impiego di energia anche l'impiego di cose (strumenti o materiali), può darsi che tali cose siano fornite dalla stessa persona che presta il lavoro; allora il contratto presenta una commistione di *lavoro* e, insieme, di *credito* o di *scambio*, secondo che il godimento delle cose sia temporaneo o definitivo. Ciò non vuol dire che, in tali casi, il contratto abbia da considerarsi *misto* e perciò *innominato*; al contrario ne rimane sempre elemento caratteristico il lavoro se la prestazione delle cose ha una funzione strumentale rispetto a quella delle energie: così la legge medesima ammette la locazione d'opera anche quando l'artefice somministri i materiali (art. 1634 cod. civ.); perciò il *trasporto* e il *deposito* non cessano di essere sottospecie del *contratto di lavoro* per quanto il vettore fornisca il veicolo e il mezzo di trazione animale o inanimato o il depositario fornisca l'ambiente della custodia.

Il meccanismo economico del contratto di lavoro può essere congegnato in due modi diversi secondo che la *direzione del lavoro verso il risultato* sia attribuita a chi prende il lavoro altrui o a chi dà il lavoro proprio. Dal punto di vista economico si può parlare nel primo caso di lavoro *dipendente*, nel secondo di lavoro *indipendente*. Sempre dal punto di vista economico s'intende che nel primo dei due casi il *rischio del lavoro* (incertezza del conseguimento del risultato mediante il lavoro dato) grava su chi lo prende e nel secondo grava su chi lo dà; perciò, quando il contratto non è gratuito, nel primo caso il corrispettivo è dovuto anche se il risultato non venga raggiunto e nel secondo no. Questa differenza economica è così profonda che rispetto ad essa il contratto di lavoro si è foggato in due stampi diversi fin dal tempo romano; in termini giuridici la differenza si è tradotta in ciò che quando il lavoro è dipendente, se ne considerano come oggetto le *energie (operae)* e quando è indipendente, invece, ne apparisce come

oggetto il risultato (*opus*), onde la distinzione fondamentale tra locazione delle opere (*locatio operarum*) e locazione d'opera (*locatio operis*); tale distinzione è così profonda che i romani invertirono perfino la terminologia perchè mentre nella *locatio operarum* locator è chi lavora, nella *locatio operis* questi prende il nome di *conductor* (*qui conducit opus perficiendum*); si comprende anche perchè, in un ambiente economico in cui il lavoro dipendente era fornito in gran parte col mezzo della servitù, la *locatio operis* abbia avuto, come figura giuridica, maggiore sviluppo. Del resto la distinzione ha una portata ben più ampia di quella che la terminologia romana, seguita dal nostro codice civile, vi attribuisca; infatti altre forme nominate di contratto di lavoro, quali sono il *mandato*, il *deposito*, il *trasporto* debbono essere inquadrare in essa; appunto il deposito e il trasporto, se non il mandato, sono ordinati dalla legge entro lo schema della *locatio operis*.

a) Il contratto di lavoro, in ciascuna delle sue due forme fondamentali, può essere gratuito. Appunto sono previsti come gratuiti dalla legge, sebbene la gratuità non ne sia un carattere essenziale, il *mandato* e il *deposito* (art. 1739 e 1837 cod. civ.; l'art. 1837 parla del deposito come di un contratto essenzialmente gratuito, ma in realtà nulla vieta che per il servizio del depositario sia convenuto un corrispettivo).

b) Le varie specie del contratto di lavoro oneroso sono diversamente nominate dalla legge secondo la loro struttura giuridica o secondo il loro contenuto economico; questa varietà, venuta su nella pratica senza alcun criterio organico, non si presta ad una classificazione ben definita.

a) Giusta l'art. 1568 cod. civ. « il contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere » e l'art. 1570 definisce la locazione delle opere come « un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede ». A sua volta l'art. 1627 pone come prima forma della locazione delle opere « quella per cui le persone obbliga-

no la propria opera all'altrui servizio » (1). Questa *locazione delle opere* in senso stretto o *locazione dei servigi*, per ragioni storiche molto note, non è quasi affatto regolata dal codice civile (cfr. art. 1628); il suo regolamento è venuto formandosi da ultimo in una moltitudine di leggi speciali.

Una sottospecie nominata di locazione di opere è il contratto di *impiego privato*, previsto dal decreto legge 13 novembre 1924 n. 1825 e ivi definito, o piuttosto descritto (art. 1), come il contratto « per il quale una società o un privato gestori di un'azienda, assumono al servizio dell'azienda stessa, normalmente a tempo indeterminato, l'attività professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione, che sia semplicemente di mano d'opera ».

D'altra parte lo stesso codice di commercio ricorda e disciplina con molta cura il *contratto di arruolamento* (art. 521 e seg.), che è la locazione di opere relative al governo della nave.

β) Singolarmente vicina alla locazione di opere considerata finora è la figura del *mandato*. Quale che sia stata storicamente, la distinzione fra questi due contratti oggi consiste in ciò che il mandato ha per oggetto lavoro diretto *al compimento di un negozio giuridico* (l'art. 1737 cod. civ. dice:

---

(1) L'art. 1627 la definisce come il contratto « per cui le persone obbligano la *propria* opera all'altrui servizio » e così ne pone come carattere la identità fra il lavoratore e chi promette il lavoro mentre per la locazione di opera ne considera come soggetto l'*imprenditore di opere*, cioè una persona diversa da chi lavora. Il vero è che nè la identità tra chi lavora e chi contratta è essenziale alla *locatio operarum* nè la diversità ricorre necessariamente nella *locatio operis*: mentre è tutt'altro che rara la locazione di opera contratta dallo stesso lavoratore (es., locazione di opera dell'artigiano), non è escluso che possa essere fornito mediante la locazione di opere il lavoro altrui; vero è però che normalmente il *locator operarum* fornisce il lavoro proprio e che la prestazione del lavoro altrui si verifica soltanto da parte del *conductor operis*.

«... a compiere un affare per conto di un'altra persona, da cui ne ha ricevuto l'incarico») ed è perciò un contratto di lavoro differenziato per l'oggetto; che appartenga piuttosto allo schema della locazione *di opere* o *di opera* dipende, in massima, dal modo come il rapporto viene atteggiato secondo la volontà delle parti. Il codice di commercio distingue poi, in ordine all'elemento della *rappresentanza*, il *mandato stricto sensu* (mandato *con rappresentanza*; art. 349) dalla *commissione* (mandato *senza rappresentanza*; art. 380); una figura importantissima del primo è il *mandato institorio* (art. 367).

7) La *locazione di opera*, mediante la quale taluno promette ad altri un *opus perfectum* consistente in una cosa materiale, si chiama, secondo il codice civile, *appalto a cottimo* (art. 1627 n. 3); questa è la figura moderna che corrisponde più esattamente alla *locatio operis* romana.

8) A sua volta l'art. 1627 n. 2 considera la locazione d'opera «de' vetturini sì per terra come per acqua, che s'incariano del trasporto delle persone e delle cose»; più ampiamente e con migliore terminologia il codice di commercio menziona il contratto di *trasporto (terrestre)*; art. 388) e il contratto di *noleggio* (art. 547), che è il contratto di trasporto *marittimo (rectius, per via di navigazione)*: il contratto di trasporto in genere ha per obbietto quell'*opus* immateriale che consiste nella dislocazione di una persona o di una cosa da un luogo all'altro; ho già osservato che in esso la prestazione eventuale del veicolo e della forza motrice, animale o inanimale, è assorbita nella prestazione di lavoro (1).

---

(1) Ciò non toglie che col nome di *noleggio* si chiami, specialmente ma non soltanto nel diritto marittimo, anche il contratto col quale taluno si procura temporaneamente il godimento di un *veicolo per trasportare da sè*; perciò le denominazioni di contratto di *trasporto* e di contratto di *noleggio* non coincidono ma sono interferenti; non è contratto di trasporto il c. d. *noleggio a tempo* (della nave armata).

§) Un'altra *species locationis* è il *deposito*, che l'art. 1835 cod. civ. definisce come « un atto per cui si riceve la cosa altrui con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura »; qui l'*opus* dedotto nel contratto è appunto la custodia. Quando la custodia riguarda una *res litigiosa* (*cosa controversa*) il deposito si chiama *sequestro* (art. 1870 cod. civ.). Quando la custodia sia prestata da un banchiere si ha il deposito *bancario*, il quale, così nella forma del deposito ordinario come del deposito *chiuso* (deposito di cose racchiuse in un involucro, che il depositario non può aprire, almeno da solo) è una delle forme più sviluppate in commercio; una delle specie più importanti del deposito bancario chiuso è il *deposito nelle cassette forti* delle banche.

Se il deposito ha per oggetto cose fungibili, presenta analogia col mutuo (deposito *irregolare*); la *species* più comune del deposito irregolare appartiene al *deposito bancario*, del quale ho già parlato; quando il deposito bancario (irregolare) è senza interesse, si colloca certamente nella categoria del contratto di lavoro, perchè non tanto il suo contenuto caratteristico consiste nella prestazione del denaro dal cliente al banchiere, quanto nella prestazione della custodia dal banchiere al cliente.

§) Infine appartiene a questa categoria il contratto di *mediazione*, sino a un certo punto affine al mandato (art. 29 e seg. cod. comm.): la prestazione caratteristica del mediatore consiste nel procurare l'*incontro* o il *consenso* di due contraenti; una figura particolare di mediatore è l'*agente di cambio* (*mediatore di borsa*; legge 20 marzo 1913 n. 272, art. 21 e seg.).

12. *Contratti di associazione*. — Elemento caratteristico del contratto di associazione è la attribuzione a uno dei contraenti della partecipazione al godimento di un bene che spetta all'altro.

Questo bene può essere di qualunque genere; così anche il corpo umano; perciò può darsi anche una *associazione di la-*

voro (cfr. art. 1698 cap. cod. civ.). Può darsi del pari che si tratti di un bene particolare o dell'intero patrimonio di una persona: la legge distingue sotto questo punto di vista la società *particolare* dalla società *universale* (art. 1699 e seg.).

Ciò che separa il contratto di associazione dalle altre forme finora studiate è il fatto che per esso si procura non la *esclusività* ma la *comunanza* del godimento; chi si associa un altro, a differenza da chi dona o da chi vende, da chi presta o da chi affitta, riserva una parte del godimento anche per sè.

Anche il contratto di associazione come il contratto di scambio di credito o di lavoro può essere gratuito o oneroso. È gratuito quando una parte soltanto promette all'altra la partecipazione al godimento di un bene proprio senza riceverne in compenso alcuna partecipazione al godimento di un bene non suo: tale contratto ha il suo termine correlativo quanto allo scambio nella donazione e quanto al credito nel comodato. Per lo più ciascuna parte promette all'altra la partecipazione nel godimento di un bene suo; allora il contratto è bilaterale o anche, se i soci sono più di due, plurilaterale.

Le forme di associazione, che la nostra legge nomina, sono differenziate non tanto, come avviene per i contratti di scambio o di credito, per la loro funzione economica, quanto per la loro struttura giuridica. Queste due forme fondamentali prendono il nome di *società* e di *associazione stricto sensu*; il lettore ne comprenderà meglio la differenza quando si parlerà, più tardi, del problema della efficacia personale e della efficacia reale dei fatti determinanti la circolazione.

a) La *società*, della quale parla l'art. 1697 cod. civ., è caratterizzata da ciò che i soci mettono qualche cosa *in comunione*, cioè che qualche cosa diventa *comune* fra di essi: questo qualche cosa può essere *il bene medesimo*, al cui godimento intendono concorrere, ovvero soltanto *i guadagni ricavati dal suo impiego*; nel primo di questi casi la legge parla di *società di beni*, la quale, secondo che abbia per oggetto un bene parti-

colare o tutti i beni (il patrimonio), si chiama società *particolare* o società *universale* (cfr. art. 1699, 1700, 1701, 1705 cod. civ.); nel secondo si ha la società *dei guadagni*, che pure si suddivide in *universale* e *particolare* (cfr. art. 1702 e 1705). Si intende come la società *di lavoro* o *di industria* (art. 1706) non possa essere che *società di guadagno*, poichè il bene da godere è il corpo umano.

D'altra parte le società si distinguono in *civili* e *commerciali*; le società *commerciali* sono ampiamente regolate dal codice di commercio (art. 76 e seg.). Questa distinzione riguarda certo prima di tutto la funzione, poichè sono commerciali le società, con le quali i soci vogliono dividere il guadagno procurato *mediante il compimento di uno o più atti di commercio* (art. 76), ma si estende anche alla struttura perchè, in ragione di questa più importante funzione, le società di commercio sono regolate diversamente dalle società civili; e la differenza culmina in ciò che esse, a differenza dalle società civili, « costituiscono rispetto ai terzi enti collettivi distinti dalle persone dei soci » (art. 77); come e perchè questo riconoscimento della personalità giuridica delle società commerciali risponda a un elevato grado di tutela della circolazione nella forma della associazione sarà chiarito più oltre.

A loro volta le società commerciali si suddividono in due tipi secondo che il distacco del nuovo soggetto dai soci sia maggiore o minore; è minore quando i soci rispondono coi loro patrimoni personali per le obbligazioni sociali; è maggiore nel caso inverso; di qui la suddivisione delle società commerciali in società *a responsabilità limitata* e società *a responsabilità illimitata*; le prime si chiamano società *in nome collettivo* (art. 76; art. 105 e seg.), le seconde società *anonime* (art. 76; art. 121 e seg.); una combinazione fra i due tipi è costituita dalle società *in accomandita* (art. 76; art. 114 e seg.). Secondo che il diritto dei soci limitatamente responsabili sia o non sia rappresentato da un *titolo di credito*, le società in accomandita e

le società anonime si chiamano società *per azioni* o società *per quote* (art. 76 n. 2 e 3; *infra*, n. 81).

Un criterio fondamentale economico è quello, invece, che distingue le società comuni dalle società *cooperative* (art. 219 e seg. cod. comm.); la differenza consiste nello scopo della società, il quale, quando è cooperativa, consiste nel compiere la funzione di intermediazione, propria dell'atto di commercio, solamente *rispetto ai soci*: così la vera cooperativa *di consumo* vende soltanto ai soci come pure la cooperativa *di credito* presta soltanto ai soci; esiste però una naturale tendenza della cooperativa a estendere le sue operazioni a profitto dei soci oltre la cerchia di questi e perciò a perdere la sua purezza trasformandosi da impresa di *cooperazione* in impresa di *speculazione*. Questa differenza economica si riflette naturalmente in una differenza di regime giuridico, la cui nota più saliente consiste in ciò che mentre le società comuni sono a capitale *fisso* o *chiuso*, le cooperative hanno capitale *aperto* o *variabile* (cfr. art. 220 n. 1 cod. comm.).

b) La *associazione stricto sensu* si distingue dalla società per ciò che gli associati *non mettono in comune* nè i beni nè i guadagni; ma solo l'uno si obbliga verso l'altro *a dargli una parte del guadagno* ottenuto in un certo modo o *a risarcirgli una parte delle perdite* avvenute per una certa causa.

α) La prima di queste forme è disciplinata dal codice di commercio sotto il nome di *associazione in partecipazione*, la quale, secondo l'art. 233, « ha luogo quando un commerciante o una società commerciale dia a una o più persone una partecipazione negli utili o nelle perdite di una o più operazioni o anche dell'intero suo commercio », senza però che i beni che producono il guadagno siano comuni; essi appartengono, salva convenzione in contrario, all'associante (art. 236).

β) La *associazione di mutua assicurazione*, giusta l'art. 239 cod. comm., « ha per iscopo di dividere tra gli associati i

danni cagionati dai rischi, che sono oggetto della assicurazione »; per essa più persone soggette al medesimo rischio si obbligano a vicenda a risarcirne una parte proporzionale a quello o a quelli tra di essi che sarà colpito dal danno (*mutua di ripartizione*).

La differenza tra il contratto di *assicurazione mutua* e il contratto di *assicurazione comune* (a premio fisso) sta in ciò che in quest'ultima l'assicurato paga una somma fissa all'assicuratore (*premio*) per riceverne la *indennità* mentre l'associato fa una promessa, il cui oggetto dipende dall'avverarsi del danno, cioè dalla sua esistenza e dalla sua quantità.

La differenza, a sua volta, tra la *associazione di mutua assicurazione* e la *società di assicurazione* sta in ciò che nella prima gli associati *non mettono nulla in comune*, mentre nella seconda *mettono in comune un fondo per guadagnare compiendo atti di assicurazione*. Una forma intermedia tra queste due è la così detta *mutua a premio fisso* o *mutua cooperativa*, in cui ciò che si mette in comune sono i *premi*: questa non è una mutua di ripartizione perchè gli associati danno qualche cosa prima che si verifichi il sinistro, ma non è una società (di assicurazione) perchè ciò che mettono in comune non è un fondo per dividere il guadagno, ma il premio di assicurazione cioè la presumibile quota della indennità necessaria a risarcire il sinistro.

13. *Contratti di cessione*. — Nella introduzione (n. 3) ho già cercato di chiarire la nozione della cessione come forma ultima della circolazione dei beni; qui si tratta di far passare un bene da una persona ad un'altra non tanto direttamente quanto indirettamente, attraverso un'altra persona, che non ha il bene, ma lo deve avere o lo deve dare. Perciò, a differenza dalle altre forme di circolazione, che possono dirsi *semplici* o *primarie*, la cessione presenta, anzichè due soltanto, tre soggetti: *chi ha il bene e lo deve dare, chi non lo ha e lo*

*deve avere, chi non lo deve avere e lo vuole avere oppure non lo deve dare e consente a darlo.* Mentre il quadro soggettivo della vendita non comprende che il venditore e il compratore, sullo sfondo del quadro della cessione, oltre il cedente e il cessionario, sta il ceduto.

Lo stesso meccanismo economico della cessione non si spiega senza la nozione di quegli strumenti o fenomeni giuridici, che sono il *diritto di credito* e il *diritto di quota*. Perciò ho già avvertito che la cessione è una forma di circolazione, la quale suppone non tanto una economia progredita, quanto e perciò una economia giuridicamente regolata; qui non solo il fenomeno economico costituisce il presupposto del fenomeno giuridico, ma questo, a sua volta, diventa il presupposto di quello; non mi pare che sarebbe inesatto, sotto tale aspetto, considerarla come un fenomeno economico *secondario*.

Quanto al *diritto di credito*, la sua natura, distinta così funzionalmente come strutturalmente da quella del diritto reale, è ben nota: il debitore non perde e il creditore non acquista il diritto reale sul bene, che ne è oggetto, ma il diritto reale del debitore viene compresso o limitato in favore del creditore, al quale, anzichè l'obbligo incumbente agli altri *cives* di astenersi dal godimento di quel bene, ne spetta invece la facoltà; ma questa facoltà, dunque, ha per soggetto passivo soltanto il debitore o, in altri termini, il godimento è garantito al creditore soltanto *verso di lui*. Ecco perchè, mentre la successione particolare nel diritto reale mette il successore al posto dell'autore di fronte *a chiunque*, la successione particolare nel diritto di credito mette il successore al posto dell'alienante di fronte *a un soggetto determinato*.

Qualcosa di simile avviene anche per il *diritto di quota*, ch'è il diritto attribuito al socio dal contratto di società. Già il fenomeno della comunione altera la figura del diritto spettante a ciascuno dei condomini in confronto col nudo tipo del diritto reale, in quanto il condominio stabilisce non soltanto u-

na relazione di ciascun condomino di fronte ai terzi ma altresì relazioni reciproche tra i condomini, le quali danno luogo a quelli che si potrebbero chiamare diritti *corporativi*, rivolti a regolare il concorso dei singoli diritti e così a garantire l'interesse di ciascun *socius* a partecipare alla formazione delle deliberazioni relative alla amministrazione della cosa comune (art. 679 cod. civ.) ; pertanto, già nella sua espressione più semplice, il diritto di quota, la cui figura non è stata mai forse osservata con la dovuta attenzione, presenta un carattere intermedio fra il diritto reale e il diritto di credito in quanto vi corrispondono, insieme, obblighi di *tutti* e obblighi di *alcuni* (degli altri comunisti). Naturalmente già da questo lato codesto carattere si accentua quando si passa non tanto dalla comunione alla società, quanto dalla società civile alla società commerciale e ancora dalla società in nome collettivo o in accomandita alla società anonima, dove, man mano, i diritti corporativi dei soci sono sempre meglio sviluppati (cfr. art. 107 cap. e 154 e seg. cod. comm.). Ma, rispetto alle società commerciali, v'è un'altra ragione per attribuire al diritto di quota una figura ambigua tra il diritto reale e il diritto di credito. In verità, in forza di quel principio della autonomia patrimoniale e perciò della personalità giuridica della società di commercio, la cui funzione sarà chiarita tra poco (*infra*, n. 15), il socio di essa è e non è un condomino; è giusto distinguere, a questo proposito, il *lato interno* dal *lato esterno* del fenomeno sociale: da una parte, cioè verso l'interno, si tratta di comproprietà, ma dall'altra, cioè verso l'esterno, di una proprietà singola (proprietà della società); perciò, se il diritto al ricavo dalla liquidazione, dopo lo scioglimento della società, ha certamente carattere reale, il diritto agli utili, durante la sua vita, ha con altrettanta certezza carattere personale cioè esiste verso la società, che è proprietaria dei beni sociali. Così anche il successore nel diritto di quota, come il

successore nel diritto di credito, viene a trovarsi nella posizione dell'alienante di fronte a una o più persone determinate.

Si capisce perchè delle varie figure di contratto commutativo questa sia la più tardiva: non solo la cessione, come forma economica di circolazione, è, secondo quanto ho già detto, una forma complessa e secondaria, ma la sua attuazione giuridica richiede, almeno nella sua pienezza, un alto grado di civiltà; vedremo tra poco come mentre da un lato la cessione è quello tra i contratti, alla cui funzione è più strettamente necessaria, al punto da sembrare quasi connaturale, la efficacia *ultra partes*, questa efficacia appunto, per la natura del diritto da trasferire, abbia incontrato le maggiori difficoltà.

Proprio perchè si tratta di una formazione tardiva nella storia del diritto la figura del contratto di cessione è lasciata quasi nell'ombra dal codice civile, il quale, a differenza da quanto fa per la vendita e per ogni altro contratto nominato, non ne cura la definizione. L'art. 1538 parla semplicemente di « cessione di un credito, di un diritto o di un'azione ». Questa formula, almeno ai fini scientifici, ha bisogno di parecchi chiarimenti.

a) Così il contratto di cessione è concepito come se il suo oggetto sia un diritto, anzichè un bene. Codesto modo di pensare non ha maggior ragione di quella che possa avere il parlare di una vendita *della proprietà* anzichè di una vendita *della cosa*. Il trasferimento del diritto non è l'oggetto, ma lo scopo del contratto; solo perchè, nel linguaggio comune, per cessione di una cosa si intende il contratto che mira a trasferire su di essa la proprietà o almeno il diritto reale, si usa dire *cessione del credito* con una formula che equivale logicamente a quest'altra: *cessione (di una cosa) a titolo di credito* (anzichè a titolo di proprietà).

b) La frase: « cessione di un credito, di un diritto o di una azione » è sotto due aspetti inesatta. Anzitutto anche il credito è un diritto o, almeno, nella frase « cessione di un cre-

dito », *credito* significa *diritto di credito*, onde il primo membro della formula è compreso nel secondo. D'altra parte la parola *azione* è almeno ambigua e deve essere intesa accortamente: chi segua le idee moderne intorno alla nozione della azione come *diritto subbiettivo processuale* e la distingua dal *diritto subbiettivo materiale*, intende che di *azione* l'art. 1538 non può parlare attribuendovi questo corretto significato; del resto la terminologia delle nostre leggi assegna spesso alla parola « azione » un significato vago e improprio, secondo il quale indica nient'altro che diritto subbiettivo, e più precisamente il diritto subbiettivo in quanto abbia bisogno, per essere riconosciuto o soddisfatto, di farsi valere in giudizio; probabilmente, in tema di cessione, si allude con ciò al diritto *litigioso* cioè al diritto *incerto* o, meglio, *contestato* (cfr. art. 1546). Emerge da queste osservazioni che la formula dell'art. 1538 si riduce in questi termini essenziali: « cessione di un diritto ».

c) Ma quand'è ridotta così, se ne rende manifesta la vaghezza, anzi la inconcludenza. Invero anche la vendita è, prima fra tutte, cessione di un diritto e comunemente del diritto di proprietà (*supra*, n. 9). Ciò vuol dire che codesta formula non serve se non è sottoposta alla interpretazione restrittiva. Esclusi i diritti reali, non può restare come titolo della cessione se non il diritto di credito o il diritto di quota (1). Chi volesse, pertanto, tentare una definizione del contratto di cessione, sul tipo delle altre offerte dal codice, dovrebbe dire che per esso *il cedente si obbliga a trasferire al cessionario, con o*

---

(1) Osservo, per amore di compiutezza, che la *vendita dell'eredità*, di cui parla l'art. 1545, non è di per sè nè solo una vendita nè solo una cessione; ma un contratto (oggettivamente) *cumulativo*, il quale comprende un complesso di beni determinati per il loro riferimento a chi ne fu il titolare (*de cuius*) e si risolve in tante vendite o cessioni, secondo che i beni gli appartenessero per diritto di proprietà o comunque per diritto reale, per diritto di credito o per diritto di quota.

senza corrispettivo, il credito di una cosa o la quota di una società.

d) C'è qualcosa ancora da dire; ed è forse il più difficile. Il panorama dei mezzi giuridici della circolazione non sarebbe compiuto se non si tenesse conto accanto al contratto, per cui taluno si obbliga a trasferire un credito, di quello che tende invece al *trasferimento di un debito*. Anche così, intanto, si ha un fenomeno di circolazione secondaria: un bene si sposta, indirettamente, attraverso un rapporto giuridico di credito, tanto nel primo caso quanto nel secondo, cioè tanto da chi cede a chi acquista un credito quanto da chi si accolla a chi accolla un debito. Questa seconda figura contrattuale non rientra, almeno testualmente, nella definizione, per quanto vaga sia, dell'art. 1538 cod. civ. perchè il diritto (di credito) è il rovescio dell'obbligazione. Tuttavia non v'è dubbio che esista, tant'è vero che la presuppone l'art. 1271 cod. civ. quanto dice che « la delegazione per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore, non produce novazione se il creditore espressamente non ha dichiarato di liberare il debitore che ha fatto la delegazione »; la presuppone, dico, perchè la assunzione del debito da parte di un altro debitore è precisamente il contenuto di un contratto, che si può anzi si deve chiamare contratto di *delegazione* o di *accollo (del debito)*.

Ora a me pare che proprio questa figura possa ricondursi, insieme con la *cessione del credito*, come una seconda *species*, in una nozione più ampia di cessione, intesa come contratto diretto a trasferire, nel suo lato attivo o nel suo lato passivo, un *rapporto di obbligazione*, la quale perciò dovrebbe distinguersi in cessione *attiva* e cessione *passiva*: quest'ultima è appunto l'*accollo del debito*.

Per adesso può darsi che questi ultimi accenni stupiscano e perfino disorientino più di qualche lettore. Se sarà così, io debbo chiedergli soltanto di avere pazienza; fra non molto,

LIBRERIA  
T. ASCARELLI

quando parlerò della efficacia ultrapersonale del contratto e, in particolare, della cessione e più tardi, quando cercherò di chiarire la funzione del titolo di credito, spero che il vantaggio di questa sintesi gli si farà sentire. Fin da ora, del resto, lo invito a meditare intorno alla connessione pratica che hanno le due figure della cessione e dell'accollo in quei casi, in cui la cessione di un credito nascente da un contratto bilaterale non è praticamente possibile senza l'accollo del debito correlativo; proprio la pratica, estremamente sensibile, avverte la unità fondamentale del fenomeno parlando, in questi casi, di *cessione del contratto*: locuzione impropria, perchè si cedono i diritti e gli obblighi, non i fatti giuridici, ma significativa della radice comune dei due fenomeni.

Anche la cessione può essere gratuita oppure onerosa e così appartenere alla categoria dei contratti unilaterali o bilaterali. La cessione gratuita è una *species donationis*, per cui il cessionario acquista il credito o la quota senza dover nulla, in compenso, al cedente. Alla cessione onerosa allude precisamente l'art. 1538 poichè vi si parla del *prezzo*. Un tipo notissimo di contratto di cessione onerosa è il *contratto di sconto*, il cui carattere sta in ciò che il cessionario acquista un credito a scadenza pagandone l'importo e ricevendo in compenso (cioè detraendo dall'importo medesimo) gli interessi per il periodo tra la cessione e la scadenza calcolati al c. d. *saggio dello sconto*.

14. *Efficacia personale del contratto*. — Giusta l'art. 1123 del codice civile « i contratti legalmente formati hanno forza di legge *per coloro che li hanno fatti* » (1); ciò vuol dire

---

(1) Richiamo, anche, la attenzione sull'inciso dell'art. 1123: « *legalmente formati* ». Ciò vuol dire che la efficacia del contratto è subordinata alla *esistenza dei requisiti essenziali per la validità dei contratti*, di cui si parla agli art. 1104 e seg. cod. civ.; dalla loro esistenza, appunto, ne dipende la *legale formazione*.

Fra questi requisiti, secondo il nostro diritto, è la *causa* (art. 1104; cfr.

che ne nasce un diritto di un contraente verso l'altro. Il lettore sa che il diritto, che si rivolge soltanto a una o più persone determinate, è il diritto personale o diritto di credito; dunque dal contratto, secondo l'art. 1123, nasce un diritto di credito. Questo principio si esprime parlando della sua efficacia personale.

La applicazione di questo principio ai vari contratti merita da parte dei miei giovani discepoli ogni attenzione. Per esempio, a questa efficacia puramente personale è informata

---

art. 1119 e seg.); ciò vuol dire che in tanto il diritto privato fa circolare i beni in quanto esista la causa; in altre parole, in quanto alla forma del contratto (a ciò che le parti dicano o facciano per contrattare) corrisponda non solamente la volontà, ma anche l'interesse (obbiettivo), che muove la circolazione. Non sarebbe inesatto conchiuderne che il nostro sistema giuridico circolatorio è avanzato della circolazione, che viene spiegato mediante la esistenza di un contratto o quanto meno di un negozio astratto (es. negozio cambiario); ma io conto di dimostrare più tardi che questa impostazione del problema teorico dei titoli di credito non è esatta.

Noti però il lettore che non tanto la esistenza della causa è considerata dalla nostra legge come un requisito costitutivo del contratto quanto la sua inesistenza come un requisito impeditivo (art. 1121 cod. civ.); in ciò sta senza dubbio un temperamento del sistema circolatorio causale. Se sia corretto parlare perciò di una astrazione processuale (dalla causa), è un punto sul quale non mi soffermo.

Ma altro è che una causa (lecita; cfr. art. 1104 e 1119 cod. civ.) sia necessaria affinché il contratto abbia efficacia, altro che occorra una causa tipica, cioè una causa corrispondente a uno degli schemi contrattuali predisposti dalla legge, onde la circolazione non possa verificarsi secondo il diritto se non seguendo le vie segnate dalla legge. Questo secondo punto di vista non sarebbe conforme al nostro sistema contrattuale, che è prettamente libero, onde accanto ai contratti nominati (tipici) si ammettono i contratti innominati (atipici), col solo limite della realtà e della liceità della causa. È vero però che alla forma tipica deve corrispondere la causa tipica, affinché gli effetti del contratto si verificino, onde, per esempio, se una persona vuol affidare a un'altra una cosa affinché ne faccia un uso determinato, non può adoperare la forma della vendita: se fa così, il contratto è nullo, ma, naturalmente, fino a che la nullità non sia fatta valere con la prova della inesistenza della causa vendendi, produce gli effetti della vendita. A queste riflessioni si riallaccia il problema dei negozi fiduciari, la cui nota caratteristica sta in una divergenza tra la causa e la forma.

la definizione, che l'art. 1447 cod. civ. dà della vendita: « la vendita è un contratto per cui *uno si obbliga* a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo »; il venditore è obbligato *a dare* al compratore la cosa, cioè a procurargliene il pieno godimento; ma ciò non vuol dire che il compratore debba essere riconosciuto come tale anche dai terzi, cioè che il diritto costituito a suo favore dalla vendita valga anche rispetto a questi. Del pari il conduttore ha diritto che il locatore gli faccia godere la cosa locata (art. 1569); ma se un terzo disconosce codesto suo diritto non ha o almeno non avrebbe modo, per quanto risulta dall'art. 1123, di farlo rispettare da lui. Ancora, secondo il principio dell'art. 1123, il socio e il cessionario non potrebbero far valere il loro diritto se non in confronto degli altri soci o del cedente.

15. *Insufficienza della efficacia personale del contratto ai fini della circolazione.* — Ci vuol poco a comprendere come il contratto, se ha da avere una efficacia esclusivamente personale, sia insufficiente ai fini della tutela della circolazione. I bisogni di questa esigono che al donatario, al compratore, al conduttore, al socio, al cessionario sia garantito il godimento del bene, nei limiti del contratto; ora se, di fronte alle molestie o alle resistenze dei terzi, ciascuno di costoro non potesse far altro che rivolgersi al suo contraente affinchè le faccia cessare o, se non vi riesce, gli risarcisca il danno (art. 1218 cod. civ.) e, eventualmente, il contratto si risolva (art. 1165), codesti bisogni sarebbero in gran parte insoddisfatti.

Nè vale a rimediare a questa insufficienza l'art. 1127 cod. civ. il quale estende, almeno in linea di presunzione o di massima, la efficacia del contratto *ultra partes* non tanto agli eredi quanto gli *aventi causa*; questi non sono *tutti i terzi*, ma soltanto quei terzi i quali entrano in rapporto giuridico con uno dei contraenti, e così i suoi *successori a titolo particolare* o i suoi *creditori*. Non è da negare che la efficacia del contratto

di fronte agli aventi causa costituisca un allargamento di quel suo effetto personale, che statuisce l'art. 1123; ma si tratta sempre di una efficacia personale, la quale può chiamarsi *riflessa*, accanto alla efficacia personale *diretta*; e in ogni modo non è questa che serve ai bisogni della circolazione. Posta, per esempio, la vendita del grano in erba, non basta al compratore che gli debbano lasciar portar via il grano, quand'è mietuto, tanto i creditori del venditore quando chi da lui abbia comprato il fondo se di fronte a chiunque altro cerchi di impedirglielo egli non possa far valere il suo diritto di proprietà.

Risponde a queste riflessioni la formula dell'art. 1130 cod. civ., il quale, dopo aver ripetuto in forma negativa il principio della efficacia personale dei contratti: « i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano nè giovano ai terzi », aggiunge cautamente: « fuorchè nei casi stabiliti dalla legge ». Lo sguardo che stiamo per dare, sotto questo profilo, ai contratti commutativi delle varie categorie mostrerà quale sia la portata di questa eccezione.

a) Quanto ai contratti di scambio, l'art. 1125 cod. civ. li definisce nientemeno che come « contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto »; più precisamente questa formula non riguarda soltanto i contratti di scambio ma, per esempio, anche quelli di cessione (cfr. art. 1538); peraltro senza dubbio si riferisce in prima linea ai contratti di scambio. Qui anzichè di *oggetto* dovrebbe parlarsi di *scopo*; comunque è chiaro che, secondo la legge, dunque, il compratore deve acquistare la proprietà della cosa comprata e così che il contratto deve determinare un fenomeno di *successione particolare* nel diritto reale, che esce dai limiti della sua efficacia personale: sarà successione *traslativa* per la vendita vera e propria; a questa pensa appunto la legge quando parla di *traslazione*; sarà, invece, successione *costitutiva* nel caso del contratto che concede l'usufrutto o una servitù prediale, in quanto dalla proprietà del concedente si staccano al-

cune facoltà, le quali vanno a costituire presso il successore un diritto nuovo e meno pieno.

b) La stessa cosa non pare che si debba verificare quanto ai contratti di credito; ma se si pon mente, prima di tutto, al prestito di consumazione ci si accorge che anche qui una successione particolare nella proprietà della cosa prestata si ritiene necessaria se è vero che, per effetto del mutuo, come dice l'art. 1820 cod. civ., il mutuatario diventa *padrone* della cosa mutuata. D'altra parte, quanto al prestito d'uso, è sintomatico sotto questo aspetto non tanto l'art. 1597, relativo alla efficacia della locazione in confronto col successivo proprietario della cosa, perchè questo è un avente causa dal locatore e perciò si rimane nel campo della efficacia personale riflessa del contratto, quanto l'art. 1581 cod. civ., il quale riconosce al conduttore diritto contro i terzi autori di *molestie di fatto*: un obbligo dei terzi di non turbare al conduttore il godimento garantito dal contratto esiste con ciò, e un obbligo dei terzi è logicamente incompatibile con un diritto del conduttore che sia soltanto personale (1).

c) Pare che a una efficacia *ultra partes* del fatto determinante la circolazione non si possa pensare per il contratto di lavoro nella forma della locazione d'opere; e ciò non tanto perchè le esigenze della circolazione non si facciano sentire anche qui, nè, d'altra parte, perchè la esistenza sul corpo umano di tali diritti che, se non si vogliono chiamare diritti reali, hanno tuttavia una struttura identica a questi, debba in via assoluta essere negata (a proposito di che richiamo i lettori a una meditazione coraggiosa intorno ai diritti sulla propria persona

---

(1) È appena il caso di osservare che cotesto diritto non si può confondere con la tutela possessoria contro le molestie (art. 694 cod. civ.) poichè il conduttore, in difetto dell'*animus rem sibi habendi*, non è un possessore *legittimo*.

e ai diritti di famiglia nell'ordine privato e, nell'ordine pubblico, al diritto militare e al diritto penale), quanto perchè la tutela della persona non consente che una soluzione di questo genere sia adottata senza una assoluta necessità, quale non si verifica a proposito della circolazione; è un fatto che nessun particolare della struttura della locazione di opere secondo il diritto positivo consente di ravvisare a favore del *conductor* più che un diritto personale su quel vero oggetto del contratto ch'è il corpo del *locator*.

Tuttavia il problema non si può ritenere esaurito con questa osservazione; resta infatti da spiegare perchè, senza dubbio, il *conductor operarum* acquisti la proprietà o comunque il diritto reale sull'*opus* creato col lavoro altrui. Per lo più questo problema sfugge perchè quando l'*opus* consiste in una cosa materiale, la materia essendo fornita dal *conductor* e la mercede pagata al *locator* rappresentando il rimborso della mano d'opera, il diritto del primo si può spiegare mediante i principi dell'accessione (art. 468 cod. civ.); ma si danno pure dei casi in questo campo, rispetto ai quali, dovendosi applicare invece l'art. 470 perchè la mano d'opera sia « tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata », il diritto di proprietà sulla *res nova* spetterebbe a chi ha lavorato e l'istituto dell'accessione, dunque, non serve a chiarire perchè appartenga, invece, all'imprenditore. Ma ciò che ha posto il problema in piena luce è stata l'ipotesi in cui il lavoro dedotto nella *locatio operarum* crei uno di quei risultati immateriali, i quali sono oggetto del diritto di *privativa*; senza toccar qui la questione intorno ai presupposti che si debbano avverare a tal fine, certo è che può darsi il caso in cui codesto diritto spetti al *conductor*, e più precisamente che il contratto sia fatto apposta per attribuire a lui il diritto sull'invenzione fatta dal *locator* lavorando per conto di lui; ma quando è così, come si spiega che, dunque, l'imprenditore e non il lavoratore, e così una persona diversa dall'inventore acquisti il di-



ritto di fronte ai terzi se al contratto si dovesse riconoscere soltanto una efficacia personale? Fatto è che se non ci fosse il contratto, quel diritto spetterebbe a chi ha lavorato e, invece, perchè il contratto c'è, spetta a chi ha fatto lavorare. Per dover riconoscere codesta efficacia ultrapersonale della locazione d'opere si badi che non c'è affatto bisogno di pensare che il diritto di privativa o, in genere, il diritto reale sulla *res nova* sorga in capo al lavoratore e da questo si trasmetta all'imprenditore; in altri termini è indifferente il dubbio, che qui non voglio risolvere, se in questi casi vi sia per l'imprenditore acquisto *derivativo* del diritto reale o, invece, acquisto *originario* così che a lui spetti, avendo il lavoratore lavorato *per conto di lui*, la qualità di *autore*; certo è, in ogni modo, che, per virtù del contratto, una situazione di *fronte ai terzi* si stabilisce diversa da quella che ci sarebbe stata senza di esso; ciò vuol dire che deve riconoscersi al contratto una efficacia *ultrapersonale*.

Non v'è quasi bisogno di aggiungere che il medesimo problema si presenta e allo stesso modo si risolve anche per la locazione di opera; anzi qui, essendo prevista la somministrazione dei materiali da parte dell'artefice (art. 1634 cod. civ.), si presenta con maggiore frequenza e la soluzione se ne impone con maggiore evidenza: c'è, veramente, bisogno di dire che le esigenze della circolazione non sarebbero soddisfatte se chi commette al sarto un vestito su misura non ne diventasse il padrone? Anche qui importa poco, almeno ai fini della nostra indagine, il sapere se il vestito, che il sarto ha confezionato con la sua stoffa, *nasca in proprietà* dell'uno o dell'altro e così se vi sia un caso di successione particolare o di acquisto originario a favore del committente; certo è che questi ne diventa proprietario mentre tale non sarebbe se, mancando il contratto, il sarto l'avesse fabbricato per il suo magazzino; e questo è un effetto del contratto di fronte ai terzi.

d) Quanto alle associazioni, le osservazioni accennate al n. 2 intorno alla struttura della società civile e della società

commerciale sono forse sufficienti a far comprendere come la efficacia personale del contratto sia dalla legge di gran lunga sorpassata. Ciò che qui si dice, si riferisce a quel tipo della associazione, che è la società, a proposito della quale il problema qui considerato è senza confronto più grave che non sia rispetto ai contratti delle altre categorie.

α) Già per la società civile il lettore sa come, giusta l'art. 1697 cod. civ., si tratti di «mettere qualche cosa in comunione»; ciò significa che la tutela della circolazione richiede che la cosa o le cose conferite dai soci diventino *comuni*; o, in altri termini, che il diritto reale, il quale spettava sulla cosa conferita al socio prima del conferimento, non appartenga più a lui soltanto, ma anche agli altri soci. La nozione della *comunione*, di cui la *comproprietà* è la specie più importante, si risolve precisamente nella *pluralità* di titolari di un medesimo diritto. Se questa pluralità sia o non sia pensabile; se, in altri termini, la nozione della comunione non postuli la necessaria fusione dei più soggetti in un soggetto unico, e così la comunione non debba logicamente costruirsi come una persona giuridica, è un dubbio insigne, sul quale si è fermata più volte ed è giusto che si fermi ancora la teoria generale del diritto; ma può essere, in queste lezioni, lasciato da parte. Qui basta notare come, anche se il dubbio si risolva in senso negativo, e così si ammetta il diritto appartenente a più persone, si ha tuttavia nella conversione di un diritto *singolo* in diritto *comune* o, in altre parole, di una *titolarità esclusiva* in *comunione* del diritto qualche cosa che non riguarda solamente le parti, sibbene anche i terzi; e che perciò, in quanto si attui, esorbita dai confini della efficacia personale del contratto. Certo il *conferimento* non è un *trasferimento* del diritto; ma certo anche non è la permanenza del diritto com'era presso il suo titolare precedente.

β) Ma la quistione si complica e diventa veramente grave da un altro lato. Se la società tende a costituire una co-

LIBRERIA  
T. ASCARELLI

munione, questa non ne esaurisce lo scopo; l'art. 1697 non parla semplicemente di mettere qualche cosa in comunione, ma altresì di « dividere il guadagno che ne potrà derivare », cioè pensa alla comunione come a un mezzo per procurare un guadagno e per dividerlo poi tra i soci. Il *guadagno*, a differenza dal *frutto*, non è un prodotto naturale della cosa; non si guadagna se non si lavora; perciò la società ha in sé un elemento di lavoro; non la si concepisce se non in quanto i soci *facciano qualche cosa con il fondo comune per procurarsi un guadagno*. La società pertanto non crea nè un rapporto istantaneo, come la vendita, nè un rapporto continuato ma statico, come la locazione; il rapporto sociale è invece essenzialmente dinamico. Ciò si esprime, comunemente, col dire che la società vive, cresce, decresce, muore; e soprattutto che la società opera. Non si può pensare una società, in nome o per conto della quale qualcuno non compia degli atti giuridici e non ne faccia derivare dei rapporti. Qui si profila la figura degli *aventi causa* relativi a codesti rapporti; e in particolare di coloro che dai rapporti stessi derivano dei diritti di credito. Il problema tocca l'art. 1948 del cod. civ., il quale statuisce il principio della responsabilità patrimoniale, cioè della soggezione del patrimonio di chi contrae un obbligo alla garanzia del creditore. Che cosa deve avvenire, a questo proposito, per gli obblighi contratti nella gestione della società? Due soluzioni tipiche sono possibili.

aa) Risponde verso il creditore col suo patrimonio la persona, che ha agito in confronto di lui. Questa è la soluzione adottata per la società civile dal nostro codice; infatti l'art. 1726 dispone che « nelle società, escluse quelle di commercio, i soci non sono obbligati in solido pei debiti sociali, nè uno dei soci può obbligare gli altri, se questi non gliene hanno data la facoltà » e l'art. 1728 chiarisce che « la stipulazione esprime che la obbligazione fu contratta per conto sociale, obbliga soltanto il socio che ha contrattato e non gli altri, ec-

retto che questi gliene abbiano data la facoltà, o che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società ». In linea di massima dunque, secondo questo regime, non esiste un patrimonio della società distinto da quello dei soci, nè esistono creditori della società; esistono soltanto i patrimoni dei soci e i relativi creditori; anche nella ipotesi in cui spetti al terzo, o perchè il socio operante avesse la rappresentanza degli altri o perchè la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società, un diritto maggiore che quello contro il socio medesimo, questo diritto si rivolge non contro la società ma contro gli altri soci.

bb) Che una soluzione di questo genere sia inadeguata ai bisogni della circolazione, è manifesto; essa intralcia infatti il movimento della gestione sociale perchè i terzi, i quali operano con la società, non possono far conto se non sul patrimonio del socio, che si trova di fronte a loro; d'altra parte, impegnando per le operazioni da lui compiute in nome della società tutto il patrimonio del socio, pone un grave rischio sulle spalle di chi provveda alla gestione sociale. Appunto perciò il regime delle società commerciali è profondamente diverso.

Questa diversità culmina nella disposizione dell'art. 85 cod. comm., giusta la quale « i creditori particolari del socio non possono fin che dura la società far valere i loro diritti, che sulla parte degli utili spettante al socio secondo il bilancio sociale e, sciolta la società, sulla quota ad esso spettante nella liquidazione ». Ne deriva che le cose conferite dai soci in società, fin che la società dura, sono sottratte alla garanzia dei debiti dei soci e quando la società sia sciolta, sono destinate con preferenza alla garanzia dei creditori sociali (cfr. art. 201). Ne deriva dunque la costituzione di un patrimonio separato e perciò una deroga all'art. 1948 del cod. civ.; per virtù di essa i beni conferiti in società sono scissi da quel patrimonio che, giusta l'art. 1948, garantisce le obbligazioni del socio. Questa situazione, per la quale si costituisce un *patrimonio della società*,

Inscr. 1948  
T. ASCARELLI

devoluto alla garanzia dei creditori sociali e pertanto distinto dal patrimonio dei singoli soci, viene espressa dall'art. 77 u. c. del cod. comm. mediante la formula della *personificazione della società*; a tale patrimonio si attribuisce un soggetto, il quale è la società medesima, come ente collettivo distinto dalle persone dei soci. Qui non interessa risolvere il problema teorico relativo a codesta costruzione, cioè vedere se la autonomia patrimoniale sia un carattere *sufficiente* o un carattere *necessario* per la esistenza di un soggetto giuridico. Piuttosto preme constatare che, in quanto la disciplina del contratto di società metta capo a questa conseguenza, manifestamente esorbita dai confini della efficacia personale del contratto; la separazione dal patrimonio dei soci di una parte, che viene sottratta alla regola dell'art. 1948 del cod. civ., è una modificazione della situazione giuridica, che certamente non si spiega con codesta efficacia.

Le esigenze della circolazione hanno dunque determinato, nel campo del commercio, la costituzione di un *patrimonio sociale*, distinto dal *patrimonio dei soci* o, come si può dire altrimenti, la insensibilità dei beni conferiti in società ai debiti dei soci. Ma queste esigenze hanno determinato ancora ulteriori modificazioni, le quali da un lato possono ritenersi ulteriori progressi nella struttura della società, dall'altro pongono in sempre maggiore rilievo la insufficienza della efficacia personale del contratto a spiegare le sue conseguenze giuridiche. Si tratta qui non tanto della soggezione dei beni *conferiti* alla garanzia per i debiti dei soci quanto della soggezione dei beni *non conferiti* da ciascun socio, cioè del suo residuo patrimonio, alla garanzia per i debiti della società. Qui le esigenze della circolazione hanno operato in due sensi, che si possono dire nettamente diversi.

Da una parte, allo scopo di incoraggiare il conferimento di beni da parte dei singoli e così la formazione dei vasti patrimoni necessari alle grandi imprese, alla sottrazione del pa-

trimonio della società alla garanzia dei debiti particolari si è fatta corrispondere la sottrazione del patrimonio dei soci alla garanzia dei debiti sociali. Non vi è bisogno di notare che, in questa ipotesi, la separazione tra il patrimonio sociale e il patrimonio dei soci diventa ancora più profonda. D'altro lato, allo scopo di agevolare la gestione della società incoraggiando i terzi a entrare in rapporti con questa e soprattutto a far credito a questa, alla sottrazione del patrimonio sociale alla garanzia dei debiti particolari dei soci si è aggiunta, come ulteriore garanzia per i creditori sociali, la responsabilità solidaria di tutti i soci o di taluni tra questi. Si sono venute creando così, nell'ampia categoria della società commerciale, due figure nettamente distinte, anzi antitetiche, quali sono da una parte la società *anonima*, dall'altra la società *in nome collettivo*; naturalmente la diversa struttura giuridica serve a diversi intenti economici: la anonima risponde al bisogno dell'accaparramento di capitali in larghe zone di pubblico e così della costituzione della società con gran numero di soci estranei tra di loro; la collettiva raggruppa poche persone già vincolate da reciproca fiducia; tra di esse ho dianzi notato come il ponte di passaggio sia costituito dalla società *in accomandita*. Tanto la società anonima quanto la società in nome collettivo sono nettamente diverse dalla società civile, non solo perchè i creditori particolari non possono agire sul patrimonio sociale ma, quanto alle anonime, perchè i creditori sociali non possono mai agire sui patrimoni particolari e, quanto alle collettive, invece, perchè i creditori sociali possono agire sui patrimoni particolari di tutti i soci per l'intero loro credito: il regime delle anonime deroga al regime della società civile in quanto il terzo non ha di fronte a sè neanche la responsabilità personale del socio che ha operato di fronte a lui in nome della società; il regime delle collettive vi deroga, in senso inverso, perchè il terzo ha di fronte a sè anche tutti i patrimoni degli altri soci.

Non vi è bisogno di dire come, in questo modo, la modi-

ficazione dell'art. 1948 del cod. civ. sia ancora più profonda e ancora meno possa spiegarsi col principio della efficacia personale del contratto.

b) Quanto, infine, alla cessione vorrei dire che questo è il tipo di contratto commutativo, la cui efficacia personale è meno atta a svolgerne la funzione e perfino a spiegarne la natura. Tanto è ciò vero che questo è il campo in cui è più facile, anzi inevitabile la confusione tra il *contratto* e il *trasferimento*, ossia tra la *cessione* e la *successione* (nel diritto verso il ceduto); in fondo le resistenze, che dal diritto romano si sono propagate fino alla dottrina moderna, non riguardano tanto la cessione del credito quanto il suo effetto reale, cioè la possibilità che quel diritto si trasmetta da uno a un altro titolare; la confusione ora accennata è tale che la dottrina non riesce a concepire come cessione il contratto qui considerato in quanto produca solamente effetti obbligatori.

Queste resistenze sono state naturali e vale la pena di rendersene conto. In verità la efficacia ultrapersonale del contratto commutativo si risolve, come s'è visto, nella successione particolare di un contraente all'altro rispetto al diritto, che il contratto tende a trasferire; e questa successione, a sua volta, in un fenomeno di *indifferenza* o di *fungibilità* del soggetto del diritto medesimo rispetto al soggetto dell'obbligo. Ora se, quando si tratta del rapporto reale, questa indifferenza si capisce per la sua medesima struttura, chè il contenuto di pura astensione dell'obbligo del *non dominus* non ha e non può avere alcun riguardo a un determinato soggetto del diritto correlativo, altra, anzi inversa, è la posizione quanto al rapporto di credito in cui si trovano di fronte due persone determinate: che pertanto il diritto di credito *haereat ossibus* del creditore, come la obbligazione rispetto al debitore, è veramente un punto di vista naturale, il quale si esprime, del resto, pro-

prio con la formula della natura *personale* dell'uno e dell'altro (1).

Nonostante questa resistenza però le esigenze economiche hanno finito per vincere, almeno fino a un certo punto, cioè forse fino al punto in cui potevano vincere.

a) Per la cessione del credito, cade qui sotto gli occhi l'art. 1539 secondo il quale « il cessionario non ha diritto verso i terzi se non dopo fatta al debitore la intimazione della ces-

---

(1) Con questo punto di vista si spiega come mai il diritto antico abbia conosciuto dei fenomeni *che stanno al di qua o vanno al di là della successione particolare nel credito oppure nel debito*; ma non quest'ultimo nella sua precisa figura. Il fenomeno maggiore consiste nella *novazione* (soggettiva); il minore nella *indicazione*, attiva o passiva. Consiglio ai miei discepoli di fare attenzione per imparare a distinguer bene tra di loro queste due figure e poi ciascuna di queste dalla successione singolare nel credito o nel debito.

La novazione è un fenomeno, che direi di eccesso: per essa, quando muta un soggetto del rapporto obbligatorio, *muta il rapporto intero*; il vecchio si estingue e uno nuovo nasce al suo posto (art. 1267 n. 2 e 3 cod. civ.).

La indicazione è un fenomeno inverso: per essa il rapporto non muta neanche nel suo lato soggettivo: creditore o debitore resta sempre l'indicante e il suo effetto consiste, se la indicazione è attiva (art. 1273 cod. civ., cap.), nell'attribuire al debitore la *facoltà* di pagare (di liberarsi pagando) alla persona indicata; se, invece, è passiva, nel costituire a carico del creditore l'*onere* di chiedere il pagamento (cfr. art. 1249 cod. civ.) anche all'indicato, se vuole che si producano le conseguenze dell'inadempimento (art. 1273, primo comma).

La successione particolare nel credito o nel debito, appunto, in *medio stat*; per virtù di essa il rapporto *non si estingue*, come nella novazione, ma *neanche rimane intatto*, come nella indicazione; solamente muta uno dei soggetti, cioè si trasferisce; ma si trasferisce *qual'era* (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*).

La successione particolare poi, tanto nel credito quanto nel debito, può darsi così nel senso da *sostituire* il nuovo creditore o il nuovo debitore all'antico, che rimane privo del diritto o liberato dal debito, come nel senso da *aggiungere* questo a quello; secondo le due ipotesi si parla di successione *privativa* o di successione *cumulativa*. Il nostro codice civile pare che ammetta la successione particolare nel credito solo con efficacia *privativa* e la successione particolare nel debito solo con efficacia *cumulativa* (cfr. art. 1267 n. 2 e art. 1271, da cui appare che la liberazione del primo debitore coincide con la novazione); ma forse questa non è più che un'apparenza, intorno a che, in ogni modo, non ho qui nè ragione nè tempo di fermarmi a discorrere.

sione, ovvero quando il debitore abbia accettata la cessione per atto autentico ».

Convieni riconoscere subito che, in questa seconda ipotesi, non si tratta di efficacia ultrapersonale; quando il debitore ceduto aderisce, egli diventa parte del contratto, la cui efficacia di fronte a lui rientra nei limiti dell'art. 1123 (1). E perciò la necessità della prova « con atto autentico » della sua adesione, a cui accenna l'ultima parte della disposizione, è molto discutibile.

Convieni riconoscere del pari, per quanto la legge non lo dica, che la adesione del terzo è il solo modo per cui può essere conseguita la efficacia della cessione di fronte a lui quando il rapporto ceduto sia uno di quelli che si contraggono *intuitu personae*, cioè rispetto ai quali il soggetto non è fungibile: ognuno capisce, per esempio, che non può essere ceduto, almeno con efficacia in suo confronto, senza la adesione del *locator*, il diritto alla prestazione delle *operae* nascente da un contratto di lavoro.

Ma fuori da questi casi, se basta la intimazione della cessione, ch'è un atto che si compie non *dal terzo* ma *verso il terzo*, affinché la cessione valga in confronto di lui, la sua efficacia *ultra partes* è indiscutibile; e si concreta appunto *nell'acquisto*, cioè nel *trasferimento* del diritto: non la *novazione* dell'art. 1267 e neanche la *indicazione* dell'art. 1273 cod. civ., ma qualcosa di mezzo, cioè la successione particolare.

b) Per la cessione della quota, in genere, la sua effica-

(1) Il negozio diventa così da *bilaterale, plurilaterale* in quanto se non ogni suo effetto, uno dei suoi effetti (l'effetto di trasferimento del diritto ceduto) dipende dal concorso di *più che due volontà*. Si badi qui a non confondere, come il *negozio bilaterale col contratto bilaterale*, così il *negozio plurilaterale col contratto plurilaterale*; quando si parla di contratto la unilateralità, bilateralità o plurilateralità non si riferisce al numero delle *volontà* concorrenti nel negozio, ma *degli obblighi* che ne nascono; pertanto la cessione del credito accettata dal debitore ceduto è bensì un *negozio plurilaterale*, ma può essere perfino un *contratto unilaterale*, quando sia a titolo gratuito.

cia *ultra partes* non è consentita; infatti l'art. 1725 cod. civ. subordina al consenso di tutti gli altri l'ingresso di un nuovo socio nella società. Peraltro la giurisprudenza ammette che tale consenso possa essere prestato preventivamente, nel contratto di società. Vedremo la importanza che ha questo contratto in tema di società per azioni.

c) Resta da considerare la ipotesi dell'accollo del debito. Non vi è dubbio che la efficacia del contratto di accollo di fronte al creditore senza la adesione di questo debba essere esclusa; la legge non prevede questo caso direttamente perchè gli art. 1267 e seg. cod. civ. si occupano della novazione e della indicazione, che sono, come s'è detto, due figure diverse dalla successione particolare; in special modo l'art. 1271 riguarda l'accollo *privativo*, non l'accollo *cumulativo*, per cui il secondo debitore si aggiunge al primo, che non resta liberato; resta però la regola generale dell'art. 1130 cod. civ., a cui, per il caso dell'accollo, non è fatta alcuna eccezione. Anche per questo caso però si vedrà quale importanza abbia il titolo di credito, nel senso che quando un debito è correlativo al credito in esso rappresentato, la sua creazione da parte dell'emittente costituisce la adesione preventiva del creditore alla delegazione e il suo ricevimento da parte del terzo, che acquista il credito, a sua volta costituisce il consenso all'accollo del debito correlativo (*infra*, n. 46).

Se pertanto la efficacia del contratto prevista dall'art. 1123, nemmeno con la estensione dell'art. 1127 cod. civ., basta alla tutela della circolazione, le soluzioni non possono essere che due: o si riconosce al contratto una efficacia *ultra partes*, cioè una efficacia *reale*, o si attribuisce tale efficacia ad un fatto giuridico, che si aggiunge al contratto come presupposto della circolazione.

Come la soluzione di questo problema possa essere raggiunta dipende da una serie di fattori, intorno ai quali cercherò di chiarire le idee nei due titoli che seguono.