

ANNO V. N. 3-4 — SETTEMBRE-DICEMBRE - 1931. X.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

CARLO GIROLA

prof. di diritto amministrativo

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale e rettore
dell'Università

GUGLIELMO SABATINI

prof. di diritto penale, preside
della facoltà di giurisprudenza



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

GIUSEPPE FORCHIELLI, CAP. III -- <i>L'acquisto dei frutti nel diritto canonico secondo la communis opinio</i> (continuazione)	Pag. 1
WALTER BIGIAVI, <i>Sul concetto di agente di commercio</i>	36
CARLO GIROLA, <i>Le consuetudini costituzionali</i>	71

RECENSIONI:

ANGELO VERGA - *Le comunioni tacite familiari* (Lino Salis) — ENRICO REDENTI - *Dei contratti della pratica commerciale* (Mario Casanova) pag. 95.

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Walter Bigiavi, Ugo Brasiello, Francesco Calasso, Giuseppe Forchielli, Carlo Girola, Nicola Jäger, Gaetano Morelli, Lino Salis, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Giovanni Cristofolini, Francesco d'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valle, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Giuseppe Ermini, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Andrea Guarneri Citati, Isidoro La Lumia, Laudo Landucci, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerhoglio.

CONDIZIONI D' ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Doppio L. 10.

Redazione e Amministrazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

CAP. III — L'ACQUISTO DEI FRUTTI NEL DIRITTO CANONICO

SECONDO LA *COMMUNIS OPINIO*

(Continuazione, vedi numero precedente)

12. - La Camera Apostolica invece, nelle altre parti d'Italia, esercitava, dopo la morte o la rinunzia dei beneficiati, lo spoglio sui frutti ecclesiastici.

Si consideravano frutti ecclesiastici e soggetti quindi al diritto di spoglio:

a) i frutti che si rendevano esigibili dal giorno della vacanza a quello della provvista (detti frutti intercalari) (42);

b) i frutti, sia naturali, che civili, i quali pur percetti dal beneficiato prima della vacanza, tuttavia non erano stati da lui commisti, nè incorporati con gli altri suoi beni proprii (43).

Lo spoglio si esercitava però anche sopra altri beni, i quali non erano rendite, ma invece, perchè già acquisiti, e cioè percetti (altri dicevano separati soltanto) e commisti ed incorporati agli altri beni

(41) *Acta Eccl. Mediol. a S. CAR. CARD. condita*, Bergomi, 1738, I, Conc. Prov. VII, de fructibus ecclesiastici clerici defuncti.

(42) *Constitutiones et Literae Apostolicae quae de Spoliis Ecclesiasticorum latae sunt chronologico ordine digestae*, Romae, 1854, p. 103, s. v. *dietim* e rinvii ivi.

(43) *Constitutiones*, cit. p. 104, s. v. *fructus* e rinvii ivi.

propri del beneficiato, prima della vacanza, costituivano capitali del suo patrimonio; di questo patrimonio, per essere stato formato *in-tuitu ecclesiae*, il beneficiato non poteva disporre per testamento se non previo indulto. Nel primo caso si trattava di un diritto originario d'acquisto; nel secondo invece di un diritto derivativo successorio.

Con un tale sistema, i rapporti tra la Camera e gli eredi del beneficiato defunto non davano origine ad un rendiconto, nè ad un ratizzo, giacchè i frutti non percetti erano perduti totalmente da essi, mentre per quelli percetti in precedenza si apriva una successione ereditaria. Poteva per converso crearsi un rapporto di conto e di riparto fra la Camera ed il nuovo provvisto. Ma pare che sino a Giulio IV avesse vigore la regola che l'acquisto fosse compiuto dalla Camera in virtù della percezione e quell'acquisto non creava un rapporto di conto. Traccia di un riparto delle spese *pro rata temporis quo beneficia vacaverint et pro rata portione qua fructus camera perceperit*, si ritrova in una bolla di Papa Pio IV dell'anno 1561 (44).

13. — Chiusa la parentesi aperta sugli ordinamenti positivi vigenti in Italia sino alla legislazione opposta del Regno od a quella di taluno degli ex Stati, ci piace riferire qui ed esporre la trattazione dottrinale che, intorno alla divisione dei frutti dei benefici e degli oneri gravanti i frutti stessi, tra il predecessore, il successore, la Chiesa o la Camera, faceva, con la solita sua perspicuità e chiarezza, il De Luca (45).

Schiavo della regola romana dell'acquisto mediante la percezione e dei principi canonici tradizionali, egli distingueva tante attribuzioni quante erano le categorie dei cespiti attivi ed un'altra attribuzione ancora diversa per il concorso nel pagamento degli oneri passivi.

Si doveva stabilire la misura del concorso nel pagamento degli oneri quando, morto o trasferito il beneficiato, i raccolti dell'annata,

(44) *Constitutiones*, cit. pag. 109, s. v. *onera beneficiorum*.

(45) DE LUCA I. B., *Theatrum veritatis et iustitiae*, XII, I, *Discursus C.*, *De divisione fructuum beneficij, ac onerum fructibus incumbendum, inter praedecessorem, ac successorem, vel ecclesiam seu Cameram respective; et de eorumdem fructuum transmissione etc.* (Romae, 1671, p. 372).

erano stati in parte percepiti da lui, in parte invece dalla Camera durante la vacanza, in parte infine dal successore. E si trattava non soltanto del concorso al pagamento degli oneri, ma anche al contributo per le spese di cultura, e simili. Interessante è questa parte per alcune nozioni che il De Luca espone intorno al diritto agrario dell'epoca. In generale gli oneri passivi erano sostenuti in ragione della percezione reale dei frutti compita da ciascuno: così chi più aveva riscosso più doveva contribuire.

Ancora il De Luca distingueva:

A) il beneficiato od i suoi eredi controvertono, dopo la vacanza del beneficio, col successore o con l'economo della Chiesa vacante, sopra il riparto dei frutti pendenti dell'anno senza che la Camera Apostolica sia in causa e abbia alcun interesse, sia per i frutti raccolti dal predecessore perchè non c'è spoglio o quegli abbia l'indulto, sia per i frutti pendenti durante la vacanza in quanto non si applichi la costituzione di Giulio III, ma i medesimi, secondo le regole del diritto comune, rimangano alla Chiesa;

B) la contesa sia fra il predecessore o suoi eredi e la Camera;

C) la contesa stessa sia tra la Camera ed il successore nuovamente provvisto nell'anno, così che ambedue concorrano nella partecipazione delle raccolte dell'anno stesso.

A) Vediamo il primo caso: contesa fra il beneficiato o suoi eredi e la Chiesa o il successore. Questa è la questione più ampiamente discussa ed i suoi principii si estendono poi in parte anche alle altre questioni.

Il De Luca distingue i frutti *extantes*, i frutti raccolti e separati, i frutti pendenti.

I frutti *extantes* si considerano piuttosto pendenti che raccolti e continuano quindi ad essere nel dominio della Chiesa.

I frutti raccolti e separati rimangono presso il predecessore e si trasmettono agli eredi.

Ma in relazione a coloro che non hanno indulto di testare, opera il diritto della Chiesa, successorio ed ereditario, e non il diritto di concorso o di partecipazione, poichè la Chiesa è di diritto erede e legittima succeditrice nei beni del chierico acquistati *intuitu ecclesiae*, in luogo della quale potrebbe succedere la Camera.

Ma questi casi, dice il De Luca, in cui succeda la Chiesa, sono rari in Italia, poichè opera il diritto di spoglio spettante alla Camera,

laddove si trovino i collettori apostolici secondo la costituzione di Giulio III; ed anche se la Camera non partecipi ai frutti vacanti, tuttavia raccoglie lo spoglio dei beni del chierico, come insegna la prassi nelle Chiese che, nel Regno di Napoli, sono alla presentazione del Re; ovvero manchi anche il diritto degli spogli, come di consuetudine avviene (o — dice il De Luca — si suppone) nello Stato di Milano.

Questa è altra questione: altro è parlare di diritto successorio o ereditario della Chiesa sui beni già divenuti di dominio del chierico, come acquistati *intuitu ecclesiae*; altro è parlare invece della partecipazione ai frutti pendenti e non raccolti di diritto proprio e per ragione di dominio, argomento che cade nel presente tema.

Intorno alla partecipazione ai frutti pendenti, o che almeno siano da considerarsi come tali, e cioè quelli che pur essendo maturi e raccolti, tuttavia non sono dal suolo separati, bisogna distinguere varie specie:

- a) i fitti dei beni della Chiesa;
- b) i frutti meramente naturali;
- c) i frutti meramente industriali;
- d) i frutti misti e cioè in parte naturali ed in parte industriali;
- e) i frutti civili.

a) Quanto ai frutti costituiti dai fitti dei beni della Chiesa, bisogna guardare non se essi siano stati riscossi o meno dal predecessore, o venne o non venne il *dies solutionis*, ma invece se i frutti stessi furono percepiti o no dal conduttore: ed è questa dottrina conforme al diritto comune quale abbiamo già esposta.

b) Quanto ai frutti naturali, e cioè che dalla natura sono prodotti, senza alcuna opera o fatto dell'uomo, se siano del tutto separati dal dominio della Chiesa (il De Luca altrove ha espresso quando i frutti si debbano intendere separati dal dominio della Chiesa) e trasferiti nel dominio privato del beneficiato, non c'è difficoltà a riconoscere che appartengano al predecessore che li percepì, anche quando siano *extantes* al momento della morte civile (o della perdita dei diritti civili) quando ancora egli sia vivente; mentre solo sorge difficoltà in caso di morte naturale a causa del diritto di successione e di spoglio, come sopra esposto.

Ma a questo punto il De Luca fa riferimento alla dottrina della scuola giuridica spagnola di cui il primo forte assertore fu il Covarruvias, e questa dottrina egli mostra di condividere.

Egli la riassume così.

Sul tema dei frutti pendenti il Covarruvias distingue i benefici semplici non aventi l'onere della cura delle anime, e quelli invece soggetti a tale onere, al fine, nel primo caso, che, *alla vacanza della Chiesa, il beneficiato* od il suo erede non possano pretendere nulla; al contrario, nel secondo caso, i frutti dicansi piuttosto *merx oneris et laboris*, e quindi non bene si proceda paragonando questo rapporto con l'usufrutto, ma piuttosto si debba procedere mediante la comparazione col marito, ogni qual volta il matrimonio sia disciolto. La quale distinzione è accolta anche in altri casi in cui si abbia un usufruttuario *cum onere vel fine*.

Parimenti le distribuzioni quotidiane di massa grossa, le quali in fine d'anno, od in tempi determinati, soglionsi effettuare, poichè in effetti non sono frutti, nè emolumenti del beneficio, ma puro salario, o *merx laboris*, dovute *ratione servitii ac interessentiae per punctaturas*, debbono attribuirsi con lo stesso criterio; non è invece da applicarsi questo criterio se siano le stesse dovute *ratione canoniae et presentiae* e cioè *in loco prebendae*.

Qui aggiunge il De Luca: “ In occasione tuttavia di qualche congresso avuto per qualche caso del genere, non portato però in giudizio, ma risolto mediante composizione (*iuxta frequentiore finem huiusmodi controversiarum*), io, per i vescovadi e per i benefici curati, nei quali quindi cada la fatta distinzione, rifletteva ad altra sottodistinzione: alla congrua cioè secondo la tassa di scudi 1000 o rispettivamente di scudi 100, che oggi, secondo il Concilio Tridentino, abbiamo, ed i restanti frutti esuberanti; così che, rispetto alla congrua, più vera appare l'opinione del Covarruvias e degli altri suoi seguaci, che anche qui si versi realmente *in terminis mariti*, come pure rispetto alle distribuzioni quotidiane; diversamente invece si debba pensare negli altri casi. Però di tale sottodistinzione non vi fu mai questione per disputarne nel foro. „

c) La distinzione dei frutti meramente industriali non è da usarsi nella prassi. Alcuni infatti sogliono chiamare frutti meramente industriali gli affitti di case, i frutti di censi o dei luoghi di monte, nei quali la natura non opera affatto, ma tutto invece proviene dall'industria dell'uomo, negando l'altro termine, frutti civili, sotto il quale questi frutti soglionsi invece designare.

Quantunque alcuni credano che questo termine si possa adattare ai lucri delle negoziazioni e delle industrie, tuttavia ciò contiene

equivoco, in quanto quei lucri non si possono dire frutti (quali sono quelli che si percepiscono in determinati tempi, *salva rei substantia*), ma piuttosto dicansi *pars sortis ita adauctae ex beneficio incertae aleae, ex cuius maleficio minui vel in totum destrui poterat*.

d) Quanto alla quarta specie di frutti, i frutti misti, che più comunemente soglionsi chiamare industriali, a differenza di quelli naturali, come frumento, vino, olio e simili, valgono le stesse osservazioni fatte per i naturali.

e) Alla quinta specie dei frutti civili, e cioè fitti di case e di altri fondi urbani, e frutti di censi o di luoghi di monte, e analoghi emolumenti, conviene meglio il vocabolo di frutti finti, e poichè in singoli giorni, ore e momenti si dicano percepiti, *pro rata temporis* si trasmettono dal morente beneficiato; e soltanto difficoltà rimane in caso di vacanza per dimissione o traslazione, circa la qual questione rinvia ad altro suo discorso.

B) Circa il secondo caso; della contesa cioè tra il predecessore od il suo erede e la Camera, succedente in luogo della Chiesa, è da ripetersi quello che si è detto nel caso precedente; con la sola differenza giuridica: che laddove si tratti di una Chiesa la quale, per indulto *testandi*, non abbia il diritto successorio, il beneficiato trasmette i frutti *extantes*, ma tuttavia separati dal suolo e divenuti di suo dominio; mentre ciò non segue dove entri il diritto di spoglio a vantaggio della Camera, stante la costituzione di Urbano VIII; e insorgono altre differenze di fatto perchè è diversa la contesa con la Chiesa od il successore ovvero con la Camera.

C) Per quanto infine riguarda l'ultimo caso della ripartizione dei frutti tra la Camera, *pro tempore vacationis* nell'anno, ed il successore nuovamente provvisto, sebbene gli scrittori sopra ciò molto differiscano, tuttavia la prassi sembra pacifica che si debba desumere dalla regola del *soluti matrimonio*. E si regola l'anno dal momento in cui, fatta la raccolta, la terra comincia a concepire o preparare i frutti dell'anno venturo o della nuova raccolta: così si fa la ripartizione tra la Camera ed il successore *pro rata temporis e mensium* e l'anno si regola secondo i tempi o gli inizi delle diverse qualità di frutti.

Con ciò abbiamo esaurita l'esposizione della dottrina formulata dalla *communis opinio*, sgombrando così il terreno da questa idea,

la quale perpetuata si per parecchi secoli, tuttavia rappresentava omai un'anacronismo, come ben apparisce dalle osservazioni del De Luca, che bene vorrebbe accedere all'opinione dei giuristi della scuola spagnola.

Prima peraltro di esporre le teoriche degli scrittori più recenti, detti *recentiores* o *neoterici*, dobbiamo compiere un *excursus* attraverso il diritto feudale accanto a quello consuetudinario e statutario.

CAP. IV — L'ACQUISTO DEI FRUTTI SECONDO IL DIRITTO FEUDALE, IL DIRITTO CONSUETUDINARIO E IL DIRITTO STATUTARIO

SOMMARIO — 1. La regola per l'acquisto in caso di reversione del feudo negli *Usi Feudorum* - 2. La regola feudale in uno Statuto di Pisa e nelle Consuetudini di Milano. - 3. La regola per l'acquisto dei frutti nello Statuto del Capitolo di Monza e di Varese. - 4. La consuetudine beneficiaria nella diocesi di Milano in un canone di un concilio diocesano di S. Carlo. - 5. Un documento dell'arcivescovado di Napoli. - 6. Fissazione di date del calendario anche in altre materie civili. - 7. Il principio di produzione nell'antico diritto tedesco. - 8. Le date del calendario per l'acquisto dei frutti in questo diritto. - 9. La consuetudine nel Brandeburgo. - 10. Le date nel diritto coutumier francese. - 11. Il principio di produzione e di maturazione negli *Usi Feudorum*. - 12. Differenze fra il diritto agrario dei Germani e quello dei Romani.

1. — L'Ostiense ed Alberico hanno, come abbiamo visto, fatto riferimento agli *Usi Feudorum* ed alla regola ivi stabilita per l'attribuzione dei frutti in caso di reversione del feudo. Sebbene più tardi questo richiamo sia obliato dagli scrittori, tuttavia, anche perchè spesso il beneficio ecclesiastico fu paragonato al beneficio feudale, si deve dare qui esatto conto di questa regola.

Ecco la regola: *Si vasallus decedat sine haerede masculo, et contingat feudum ad dominum reverti, sic distinguitur: quod si ante martium, omnes fructus illius anni ex feudo provenientes, ad dominum pertinebunt. Si vero post kalendas martii usque ad augustum, omnes fructus, qui interim percipiuntur, ad haeredes vasalli pertineant. Si vero post augustum, omnes fructus anni percipiet dominus:*

quidam tamen dicunt quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere (46).

La norma non può non sorprendere per la particolarità del suo contenuto del quale non si capisce subito la ragione; anzi a parecchi la regola è sembrata irrazionale; parecchi l'hanno anche ripudiata. Baldo, per esempio, osserva che la norma non è consona al diritto ed il suo autore procedette senza ragione, in quanto non adottò nessuna delle leggi romane, ne quella del *soluto matrimonio*, nè quella *de annuis legatis*, nè quella *defuncta*, nè quella *Haerenuius*, onde non seguì egli alcuna ragione, ma solo la sua volontà. Altri Dottori la ritengono contraddittoria nel suo stesso duplice testo (46^{bis}).

Barbato, uno scrittore nostro del 600, discepolo del Turamini, confessa candidamente: *fateor equidem hunc unum esse ex difficilioribus locis in toto iure, circa quem pro adipiscendo verum, adaequatumque intellectum, per quem reddi undequaque absoluta posset litera illius, absque quod valeat aut de superfluitate, aut de iniquitate aut de irrationabilitate, aut de alio quocumque argui, testor Deum, plusquam quindecim continuos consumpsisse dies, noctu, diuque semper prae manibus habendo contex. illum, ac omnes pene volutando, qui super eo scripserunt, et si alicui quandoque aliquantulum insistebam, illum postmodum* (46^{ter}) *examinando, nec scopulis carere, nec difficultatibus comperiebam.* Questo avveniva al povero Barbato perchè egli, come altri, al suo tempo, non conosceva il metodo della ricerca storica. La norma doveva avere un suo perchè e dovette essere un perchè rispondente ad una particolare logica che dovremmo ricercare. Non doveva essere una norma grossolana e brutta, come alcuni hanno detto, bensì anche tecnicamente elaborata se la espressione verbale, attraverso cui si manifesta, è tutta quanta di colorito e di suono romanistico. I compilatori l'avevano tratta dal fondo delle consuetudini longobarde e l'avevano rivestita di forme che portavano l'eco degli studi di diritto romano.

Ma fu consuetudine propria e singolare del popolo longobardo?

La regola era la seguente nelle ipotesi così distinte:

a) se il vassallo moriva dal 1° settembre al 28 febbraio, tutti i frutti di quell'anno appartenevano al signore;

(46) JAC. CUCIACI *Comment. in libros quinque feudorum*, Lib. IV, tit. XXX, *de fructibus feudi* (Tom. X, delle Opere, Prato, 1840, p. 970).

(46 bis) BARBATUS, op. cit. appresso (p. 52), p. 135.

(46 ter) BARBATUS, op. cit. p. 137.

b) se il vassallo moriva nel periodo corrente dal marzo all'agosto, tutti i frutti di questo periodo intermedio appartenevano agli eredi del vassallo.

Qui abbiamo la *perceptio* in date fisse del calendario e le date sono due. Per cogliere il vero contenuto della disposizione occorre ricercare il motivo della fissazione di questi due termini che ne sono gli elementi fondamentali. La norma si pone in reciso contrasto con la regola del diritto romano raccolta nell'espressione *jus corporis*. Infatti, subito dopo, il compilatore soggiunge: *Quidam autem dicunt, quocumque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere*. Quel *quidam autem dicunt*, esprime un dissenso il quale peraltro non si mostra di approvare.

È tanto la regola stessa in contrasto con la regola romana, che se il vassallo muore tra il marzo e l'agosto, i suoi eredi hanno diritto di godere i frutti in quel periodo anche se i beni feudali si trovino già nelle mani del signore. Non è questo certo esercizio di un diritto *in corpore*, come l'intendevano i romani.

2. — Il Pertile ci fa conoscere alcuni testi, che noi abbiamo riscontrato ed ai quali ne aggiungiamo altri, in cui, per lo stesso effetto, sono fissati i termini del marzo, del maggio, dell'agosto e del novembre (47).

Sempre in materia feudale abbiamo uno statuto di Pisa: *Si fidelis, sine liberis in feudum succedentibus, ante kalendas martii decesserit, fructus illius anni non ad heredem fidelis, sed ad dominum volumus pertinere.... Eo vero post kalendas martii decedente, fructus illius anni ad fidelis heredem pertinere debere ordinamus* (48).

Ed ancora una consuetudine di Milano, non proprio conforme alla regola scritta negli *Usi Feudorum* (ma differenza peraltro che non interessa ai nostri fini): *si vassallus decesserit ante kalendas martii sine herede masculo, omnes fructus sequentis anni ad feudum provenientes ad dominum pertinebunt; quod si post hoc tempus ante kalendas augusti decedat vassallus sine filio masculo, omnes fructus ante kalendas augusti percepti ad haeredes eius pertinebunt. Reliqui*

(47) PERTILE A. *Storia del Diritto Italiano*, Torino, 1893, IV, p. 213 seg.

(48) BONAINI F., *Statuti inediti della Città di Pisa dal XII al XIV Secolo*, II, Firenze, 1870, p. 967.

vero ad dominum. Si vero post hoc tempus decedat, omnes fructus illius anni ad haeredes eius pertinere debent (49).

Le differenze consistono: che tra il marzo e l'agosto gli eredi del vassallo si appropriano soltanto dei frutti percetti, mentre gli altri, cioè quelli non percetti, vanno al signore; e che dopo l'agosto i frutti non vanno tutti al signore, bensì agli eredi stessi, e senza distinzione tra frutti percetti o no.

Non ci è dato chiarire la discordanza tra il testo della Raccolta feudale e quello delle Consuetudini di Milano, i quali appartengono allo stesso territorio.

3. — Nello stesso territorio lombardo abbiamo trovato altri due statuti, questa volta ecclesiastici, in materia di ripartizione di frutti: del capitolo di Monza e del capitolo di Varese.

Statuto di Monza: *ad removendum et sedandum omnes quaestiones lites et controversias que sunt et esse possunt occasione reddituum et proventuum prebendarum canonicorum predictae ecclesiae de Modoetia vacantium primi anni. Videlicet in primis statuerunt et ordinaverunt... quod si contingeret quod si aliquis ex canonicis ecclesie Modociensis universam carnem semitam introieret ante kall. Madii. Quod tunc redditus et proventus prebende sue grossi illius anni perveniant et pervenire debeant in capitulum seu comune ecclesie predictae sancti Joannis. Et si in kal. Madii viveret et postea decederet. Tunc redditus grossi illius anni perveniant et pervenire debeant in heredem seu in heredes illius canonici qui esset vivus in predictis kall. Madii. Item statuerunt et ordinaverunt quod si contingeret quod si aliquis ex predictis canonicis predictae ecclesie universam carnem semitam introieret ante kall. augusti quod tunc redditus et proventus minuti illius anni perveniant et pervenire debeant in predictum capitulum sive in comune illius ecclesie. Et si erit vivus in predictis kall. augusti et postea decederet tunc redditus minuti illius anni perveniant et pervenire debeant in heredes illius canonici qui esset vivus in kall. augusti....*(50).

Gli Statuti di Varese non portano differenze sostanziali e, senza

(49) H. P. M., XVI, *Leges Municipales*, II, C. 30, *De fructibus feudorum*.

(50) FRISI A. F., *Memorie storiche di Monza e sua corte*, II, Milano, 1794, Cod. Dipl. Monzese, p. 143, n. 165.

che li trascriviamo, basta che riassumiamo di entrambi il contenuto fondamentale:

a) distribuzione dei frutti grossi della prebenda canonica: se avanti le calende di maggio si verifica la morte, i frutti grossi (cioè vino, grano, orzo, scandella, spelta, farina, segala, miglio) restavano al capitolo; dopo la calende di maggio andava agli eredi la loro rispettiva quota;

b) distribuzione dei frutti minuti della prebenda (cioè panico, frutta, rape, cavoli, aglio, cipolle, carote, barbabietole, fave, altri legumi, ortaggi, verzure, polli), avanti le calende di agosto restavano al capitolo, dopo le calende di agosto gli eredi del canonico avevano la loro quota dei frutti minuti.

Ma uno dei due statuti di Varese stabiliva che niente mai spettasse agli eredi delle distribuzioni quotidiane (51).

4. — E sostando sempre sul territorio lombardo, un concilio tenuto da San Carlo Borromeo ci informa: *Quoniam in nostra et urbe et dioecesi est quidam canonum rationi alienus admodum ac plane repugnans usus; ut si forte cuiusvis ecclesiae rector mense augusto, aut post eodem anno moritur, is qui in eius locum vacanti ecclesiae praeficitur (etiam si qui obiit vel paucos dies ecclesiae operam suam navaverit) ne ullam quidem partem habeat censuum, fructuum, aut emolumentorum, quae eo item anno ex illius ecclesiae praediis percipiuntur. Quae res iure non introducta...* (52).

Anche qui risulta un solo termine, quello dell'agosto, in cui, in conformità alla consuetudine feudale di Milano, ma contro la regola inserita negli *Usi Feudorum*, si stabilisce che dopo l'agosto i frutti vanno tutti agli eredi e non alla Chiesa. Così gli eredi lucrano, nell'annata, i frutti avanti l'agosto e dopo l'agosto.

Se dunque in Lombardia era ammesso generalmente il principio della fissazione di uno o due date del calendario per la percezione dei frutti, tuttavia, ne era oscillante la pratica. Questo già aveva

(51) BORRI L., *Statuti ed ordinamenti dell'antichissimo Capitolo della insigne Basilica di S. Vittore in Varese*, 1897, p. 19, n. IX; p. 28, n. XX.

(52) *Acta Eccl. Med. ab eius initiis usque ad nostram aetatem opera et studio A. RATTI, Mediolani*, 1892, parte II, p. 833.

notato il Pertile sulla base di materiali meno abbondanti dei nostri, nè così messi a raffronto.

5. — Ma anche fuori del territorio lombardo si hanno testimonianze dell'applicazione di un cotale principio.

È un documento dell'arcivescovado di Napoli dove si concede ai chierici la facoltà di testare e disporre di una parte o di tutti i proventi derivanti dal beneficio a seconda della data del calendario in cui la morte si è verificata: *...attendentes... quod multos clericorum... pro parvitate beneficiorum in suprema egestate vitam finire... stabilimus.... ut quicumque clericorum... ipsius humanae naturae debitum soluturus a kal. martii usque ad kal. novembris de hac luce migraverit, liberam habeat facultatem judicandi et dimittendi ubi et cui voluerit totum proventum beneficii sui, quod antea... tam aestatis, quam vindemiae... sive in terris, sive in domibus... juste aliquid aliquo modo usque ad kal. novembris fuerat habiturus, et quicumque a kal. novembris usque ad kalendas martii moriturus vitam finiverit, liberam habeat similiter potestatem judicandi et dimittendi cui vult, et ubi vult medietatem proventus illius anni sequentis totius beneficii sui... et aliam medietatem habeat quicumque sibi canonice successor extiterit, a fine vero anni defuncti omnia in usum successoris cedant...* (53).

Il documento non è preciso nei suoi particolari: sembra quasi che voglia qui stabilirsi il diritto di trasferire agli eredi i frutti futuri e dopo la morte del beneficiato, per un certo tempo, e per una certa misura. Comunque la misura stessa diversa dei beni di cui era dato disporre, stava ad indicare che anche in questo provvedimento si tenesse di mira quel principio, che sopra abbiamo descritto, della fissazione cioè di termini speciali del calendario.

6. — Questo principio non era applicato soltanto in materia beneficiaria, bensì anche in materie civili: così, per esempio, era fissato in alcuni statuti un termine del calendario per la restituzione del fondo pignorato al fine di permettere l'attribuzione dei frutti a chi doveva spettare; parimenti un termine nella restituzione del

(53) UGHELLI, *Italia Sacra*, 1720, VI, p. 100 segg.

fondo venduto con patto di retrovendita agli stessi fini; ed in altri casi ancora (54).

Come vediamo dunque da tutti questi documenti, la norma inserita negli *Usi Feudorum* non era dovuta a grossolana rozzezza, bensì doveva fondarsi sopra un principio che è necessario ricercare.

Non era, questo principio, un *jus corporis*, inteso nel senso romano. Poteva sprigionarsi dalla considerazione dello *jus laboris*? In questo caso l'oscillazione del termine dipendeva forse oltrechè dal genere delle culture agricole dominanti nelle regioni cui la fonte si riferiva, anche dal fatto che non era facile assumere un criterio tecnico sicuro circa quale e quanta parte dei lavori dovesse richiedersi eseguita, per dare diritto al raccolto, o quale fosse il momento in cui le opere preparatorie della produzione fossero potute dirsi compiute.

7. — Dalla dottrina tedesca la norma degli *Usi Feudorum* è posta, come consuetudine longobarda, nel quadro generale del diritto germanico. La materia è trattata nei manuali del diritto privato sotto il titolo *Fruchterwerb*. Le fonti sono prevalentemente dello Specchio Sassone e dello Specchio Svevo (55).

Mentre secondo il diritto romano i frutti naturali, non ancora separati, si ritenevano parte del fondo e cedevano al proprietario del suolo, e non cedevano affatto a favore degli eredi dell'usufruttuario, del conduttore, dell'enfiteuta, del vassallo, del venditore, del fidecommissario, del compratore a vita, della vedova o di altri; secondo il diritto germanico erano molto diversi gli istituti. Infatti le leggi sassoni tenevano in gran conto le opere e attribuivano i frutti agli eredi di colui che aveva sparso il seme con l'aratro; pure altri popoli approvavano questi costumi (56).

Il più antico diritto tedesco nasceva dal pensiero che i frutti strappati alla terra, come bene meritato (*verdientes Gut*) spettino a colui che mediante l'impiego del lavoro o di spese li ha prodotti:

(54) PERTILE, op. cit. IV, p. 213, nota 41; p. 215, nota 46^a.

(55) Sopra tutti: GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, II, p. 586 seg. e letteratura e fonti ivi.

(56) BRESCIUS I. A., *Dissertatione inaugurali, differentias iuris romani et germanici in fructuum attributione imprimis tutelae fructuariae* (della Scuola di I. P. Ludewig), Halae Venedorum, 1746, p. 31.

Wer säht, der mäht (57). Ma acquista i frutti soltanto colui che ha sulla cosa, la quale li produce, un diritto in buona fede nel momento in cui si compiono i lavori necessari per la produzione. Sul frutto guadagnato ottiene il coltivatore, già prima della separazione, un diritto certo il quale appare o come separata proprietà, ovvero come reale aspettativa di diritto (58).

Questi principii sono applicati in tutti i casi in cui un diritto di usufrutto cessa nel corso di un anno economico e quando un possessore di buona fede debba cedere il possesso davanti ad una ragione più forte della sua (59).

Se il feudo si estingue con la morte dell'investito, i suoi eredi acquistano ciò che egli si è guadagnato nel feudo (60); è guadagnata la messe, preparata con l'aratura, quando l'erpice è passato sopra il terreno (61). Il principio stesso viene esteso anche al caso della successione nel godimento determinata dallo scioglimento del matrimonio, dal raggiungimento della maggiore età da parte del pupillo soggetto alla tutela usufruttuaria (62); ed anche trasportato ad alcuni frutti, oggi detti civili, specialmente quelli gravanti sui beni e da pagarsi in certe ricorrenze o festività dell'anno (63).

8. — Giacchè quando i frutti siano guadagnati, si domanda: qual'è il tempo o il momento in cui precisamente debbano ritenersi acquistati?

I frutti sono guadagnati non appena il lavoro di coltivazione sia terminato:

il cereale quando sia seminato e l'erpice sia passato sopra la terra;

gli ortaggi quando siano seminati e rastrellati;

(57) GIERKE, op. cit. p. 587.

(58) GIERKE, op. cit. p. 587.

(59) GIERKE, op. cit. p. 587.

(60) HOMMEYER C. G. *Des Sachsens piegels erster Theil oder das Sächsische Landrecht, nach der Berliner Handschrift, v. J. 1369, Gütersloh, 1861, 3 Auflage, Zweites Buch, Art. 58, § 1.*

(61) HOMMEYER, op. cit., art. 58, § 2.

(62) HEIMBACH G. E., *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1843, p. 270 segg.

(63) GIERKE, op. cit. p. 587.

le frutta e l'uva quando il giorno sia venuto in cui la coltura primaverile debba ritenersi compiuta (64).

Per l'acquisto delle decime sono indicati determinati giorni o festività del calendario, e particolarmente:

per la decima degli agnelli a Santa Valpurga (1° maggio);

per la decima delle oche alla Candelora;

per la decima delle carni a San Giovanni;

per la decima del grano a Santa Margherita;

per la decima del vino e delle frutta a S. Urbano (25 maggio).

E questi giorni si debbono calcolare secondo il calendario giuliano e non secondo quello gregoriano (65).

Nelle contrade, dove lo Specchio Svevo è stato compiuto, altre consuetudini si sono sviluppate al riguardo delle rendite del grano e del vino. Per queste troviamo indicato, in ogni caso, un doppio termine di scadenza di cui uno ripete quello dello Specchio Sassone. Ma questi doppi termini sono fra loro in istridente contrasto e si possono chiarire soltanto pensando ad una tardiva interpretazione.

Lo Specchio Svevo infatti all'art. 217 dice: a Santa Margherita è guadagnato ogni frutto di vino e di grano; a San Gallo è guadagnato il vino; a San Martino è guadagnato il frumento.

Il giorno di Santa Margherita proviene senza dubbio da una più alta età; il resto tradisce un tempo a noi più vicino e probabilmente dovuto a locale consuetudine (66).

Per canoni derivanti da molini, gabelle e monete è fissato come termine di acquisto il giorno stesso della scadenza (67).

9. — Ma altrove, in altre epoche, nella Germania stessa, sembra adottarsi il criterio della maturazione e tuttavia ancora si fissa ugualmente un termine del calendario.

Nel Ducato di Brandeburgo si riguarda alla maturità dei frutti e perciò si stabilisce, nelle varie contrade, un termine di maturazione oscillante dalla metà di luglio alla metà di agosto, periodo di tempo, certamente prossimo alla frumentazione, nel quale i frutti

(64) GIERKE, op. cit. p. 587.

(65) HEIMBACH, op. cit. p. 290.

(66) HEIMBACH, op. cit. p. 291.

(67) HEIMBACH, op. cit. p. 291.

sono assegnati agli eredi del predecessore e non al successore del fondo. Più precisamente v'è questo modo singolare il quale tempera il diritto civile romano e il diritto sassone. Infatti, ugualmente come nel diritto romano, i frutti pendenti sono considerati come *pars fundi, nisi maturi fere sint propiusque accedant ad messem, quod fieri putant a medio mensis julii ad medium augusti mensis*. Se l'usufruttuario muoia entro questi termini, i frutti pendenti non sono *pars fundi*, nè cedono al suolo, ma debbono essere attribuiti agli eredi dell'usufruttuario, e ciò secondo lo spirito del diritto sassone, e (poichè c'è il riferimento a mesi determinati) sull'imitazione del diritto longobardo (68).

Si vede dunque fra questi due diritti una stretta somiglianza.

La consuetudine della Marca di Brandeburgo sembra si accosti più delle altre alla ragione romana: non soltanto a causa del seme o delle opere il frutto è separato dal dominio del suolo; ma invero anche a causa della sua maturazione e frumentazione.

10. — Ma anche nei *coutumes* francesi c'era varietà nella fissazione del momento in cui la mobilitazione dei frutti si produceva onde potesse parlarsi del loro acquisto. Il momento della mobilitazione variava secondo la specie dei frutti: il grano diveniva mobile a S. Giovanni, i fieni a metà di maggio. La ragione della loro immobilizzazione non esisteva più dal momento che essi non erano più alimentati dalla terra (69).

11. — Conclusione di questa ricerca è che debba vedersi nella norma degli *Usi Feudorum*, l'applicazione di concetti germanici i quali s'ispiravano forse prevalentemente al criterio della produzione.

Secondo il diritto longobardo i frutti vengono assegnati a coloro che si trovano nel possesso del fondo nel periodo in cui si assolvono le opere agrarie e si conseguono i frutti, tra il marzo cioè e l'agosto.

I feudisti longobardi furono del tutto avversi al principio romano, che i frutti cioè dovessero cedere al signore del suolo. Il testo stesso lo dimostra, dove la regola romana viene riferita, ma non approvata.

(68) BRESCIUS, op. cit. p. 31, 43 seg.

(69) SOUNES, H. *Des fruits*, (Thèse Paris 1901) p. 7.

La radice della legge feudale longobarda non è nata in Italia, ma in Germania dove vigevano istituti analoghi. Cioè nei frutti si deve dare più importanza ai semi ed alle opere che al dominio del suolo. E non bastavano le opere iniziate; si volevano invece perfette e compiute. I mesi dal marzo all'agosto sono limiti appropriati per l'attribuzione dei frutti da questo punto di vista.

12. — Quando i frutti sono prodotti più in virtù dell'industria degli uomini che della bontà del suolo o della natura, è sommamente equo che i frutti cedano a colui che abbia dato la sua industria alle opere necessarie. In Germania il suolo era meno fecondo che nelle terre del Lazio, ed i Germani avevano ragione di conferire più valore alle opere che al possesso degli agri. In molte parti della Germania i frutti appena rispondevano infatti alle opere, alle concimazioni, al seme.

Gli Italiani usavano schiavi per la coltura degli agri, i Germani avevano invece famuli mercenari i cui stipendi gravavano sui costi delle opere e dell'agricoltura. In Italia gli agri, in tanta moltitudine di uomini, erano di gran prezzo, cosicchè si dava di più al padrone del suolo che al coltivatore, mentre in Germania i prezzi erano vilissimi.

Questa la ragione per cui i diritti agrari dei Germani furono diversi da quelli dei Latini e furono diversi appunto nell'attribuzione dei frutti, che è materia essenzialmente agraria (70).

Senonchè l'esposizione fatta sinora, in questo capitolo, se guida all'intelligenza dei testi del diritto consuetudinario o statutario italiano ed al sistema che si trova ivi adottato, il quale sembra fermamente essere stato d'ispirazione germanica; tuttavia, dal punto di vista dello sviluppo delle dottrine, non offre risultati ulteriori.

Infatti il diritto consuetudinario non ebbe influenza sulla dogmatica. Salvo il richiamo, dei primi più antichi interpreti, alla regola della reversione del feudo, il riferimento analogico non ebbe, dopo d'allora, ulteriori ripercussioni.

Vero è che qui deve rilevarsi presente la spinta e lo sforzo diretto a raggiungere un'equità superiore; ma la tecnica vi faceva difetto e non era in grado di offrire mezzi adeguati al contenuto dell'idea.

(70) BRESCIUS, op. cit. p. 32, 38, 50.

CAP. V — LA DOTTRINA DELLA DIVISIONE DEI FRUTTI PRO RATA TEMPORIS

SOMMARIO: 1. Riassunto dei termini della questione. - 2. La dottrina *pro rata temporis*: sua formulazione nel rapporto beneficiario - La scuola giuridica spagnola. - 3. La dottrina *pro rata temporis*: sua formulazione in altri rapporti giuridici. - 4. Gli elementi fondamentali della dottrina *pro rata temporis*. - 5. Influenza della dottrina *pro rata temporis* nei diritti territoriali di alcuni paesi. - 6. In Francia. - 7. In Germania. - 8. In Italia. - 9. Formulazione della dottrina *pro rata temporis* nel C. i. c. - 10. Ulteriore vitalità della dottrina nel campo del diritto moderno.

1. — Riassumiamo rapidamente i punti fondamentali della questione che ormai soltanto ci interessa.

I frutti dell'anno nel quale il beneficiario muore, debbono dividersi *pro rata* tra gli eredi suoi ed il successore, oppure debbono cedere al secondo?

Gli antichi Dottori dicono tutti che la questione è profonda e talora inestricabile; profonda perchè richiede l'indagine anche nella più remota antichità e perchè manca nel contempo un'esplícita dichiarazione pontificia. Alcuni dicono ancora che essa sia del tutto superflua, in quanto gli eredi nulla possono avere dei frutti del beneficio; tutto ciò che viene acquisito dal beneficiario *intuitu ecclesiae* sia *mero iure* acquisito alla Chiesa stessa. Epperò alcuni di contro, notano che, talora per consuetudine in qualche luogo, è ammesso che essi possano acquistare e ad altri trasferire, onde la questione stessa non sarebbe punto superflua.

La sua risoluzione dipende pertanto da ciò che talora si paragona il beneficiario all'usufruttuario, talaltra al fidecommissario, talaltra infine al marito (71).

(71) BARBATUS H. a S. Georgio Molariae, *De divisione fructuum... tractatus absolutissimus in duas partes divisus in quarum prima de fructibus agitur... in secunda vero qualiter et in quibus casibus diversimode fiet fructuum isthaec divisio inter plures diversosque considerata...* Neapoli, 1638, II, p. 180, cap. VI: *Fructus eius anni, quo beneficiarius aut praelatus moritur, qualiter dividendi veniant inter ipsorum haeredes et successorem in beneficio*, p. 182.

Alcuni dissero che esso si debba eguagliare all'usufruttuario e che, come questi, faccia suoi i frutti percetti, mentre i percipiendi, anche se siano pendenti al tempo della sua morte, si trasmettono integralmente alla Chiesa o al successore senza alcun diritto per lui.

Altri per contro dissero che i beneficiati non possano puramente e semplicemente eguagliarsi agli usufruttuari, così in vita come in morte, ma soltanto in vita, mentre in morte debbano ritenersi usuari. Il beneficiato stia in mezzo tra l'usufruttuario e l'usuario, perchè in *percipiendo* sia simile all'usufruttuario, in *disponendo* invece sia simile all'usuario. Il rettore di una Chiesa, che abbia l'amministrazione, in morte sia *usuarius qui suum facit, quatenus consumit, non autem ultra*. In vita egli sia usufruttuario, in morte si trasformi in usuario. Finchè viva possa disporre come voglia dei frutti percetti in vita; ma appena cominci ad infermarsi, come un usuario, non possa nè per testamento, nè per qualunque altra *mortis causa* disporre, nè altro percepire che non gli sia richiesto dalla necessità. È assai più giusto che i frutti del beneficio seguano colui che serva la Chiesa, piuttosto che colui che abbia cessato dal servirla. I chierici possano far propri soltanto quei frutti che a loro siano necessari, degli altri non possano disporre. Perciò non possano di essi testare, nè trasmetterli *ab intestato*. Quando si dica, in alcuni testi, che i frutti siano del beneficiario, si vuol intendere che siano suoi per la fedele erogazione, non per il dominio; così vengono chiamati *dispensatores* e la facoltà di erogazione non è in essi assoluta, ma canonicamente determinata; son detti *procuratores* piuttosto che *domini*; il successore nel beneficio è detto quasi erede del suo antecessore; inoltre si fa distinzione fra il chierico avente amministrazione e quello non avente: il primo ha dignità o beneficio distinto, non prebenda; il secondo non ha dignità o beneficio distinto, ma prebenda, che alla persona è concessa, quale porzione dei beni di Chiesa, allo scopo che se ne serva. Il primo è usuario, il secondo è usufruttuario.

Altri infine paragonano il beneficiato al fidecommissario in favore del quale *cum spectari non soleat, an maior pars anni prae-terierit, sed ad haeredes transmittat nedum perceptos fructus, verum etiam pendentes percipiendos, ut in l. Haerennius Modestinus*, parimenti il beneficiato trasmetta agli eredi tutti i frutti dell'anno, sia percetti che percipiendi. Ma questa opinione è ripudiata dalla maggior parte degli scrittori.

La seconda fra queste opinioni deve essere assegnata nella sua

origine ai tempi della Chiesa primitiva quando i beni ed i frutti si amministravano in comune, ma nessuna speranza avessero gli eredi od i parenti dei chierici circa i frutti ecclesiastici, e neppure fosse lecito ai chierici donare qualche parte di essi ai loro parenti, nè elargire nè donare *liberali manu*.

Le altre opinioni invece sorgono invece e si diffondono specialmente quando i prelati, gli abbati, od in genere gli altri beneficiati, per consuetudini invalse, possano dei frutti liberamente disporre: allora appunto vengono equiparati all'usufruttuario, così in vita come in morte; o al fidecommissario; o come sposi della loro Chiesa vengono considerati e quindi in rapporti giuridici con i beni di essa come il marito rispetto alla dote. In tutti questi casi non v'è dubbio che esso beneficiato possa percepire in vita tutti i frutti e parimenti disporne.

Ma un nuovo periodo storico è quello nel quale le costituzioni dei pontefici hanno stabilito un diritto sugli spogli e cioè sui beni da una persona ecclesiastica acquistati *intuitu ecclesiae*, con tutte le amplificazioni che abbiamo già esposto (72).

2. — Vediamo particolarmente l'opinione secondo la quale i frutti debbano dividersi *pro rata temporis* tra gli eredi del beneficiato defunto ed i successori nel beneficio; e ciò sia che si tratti dei frutti pendenti, sia degli *extantes*, sia dei percetti, come avviene rispetto ai frutti dotali.

Antesignani di questa opinione furono Alberico e Bartolo, sebbene essi non abbiano osato discostarsi dall'opinione comune che rende il beneficiato pari all'usufruttuario e non al marito. E questa opinione, dopo Aretinus, difende Bartholom. Bellenzin. in addition. ad Abbas, e Boerius. Ma è ripresa fortemente da Covarruvias e seguita da Gutierrez, da Avendano, da Sarmiento, il quale la dice ricevuta per consuetudine nella Spagna; da Molina, il quale pure la dice frequentemente accolta nella prassi in Ispagna e nelle decisioni dei tribunali; da Valasc. il quale dice che questa opinione dei Dottori spagnuoli si può chiamare la più ricevuta ed essere la più conforme all'equità e consona alla ragione; da Annaeus Robertus,

(72) BARBATUS, op. cit. p. 188.

che la dice la più vera e la più equa e dal Senato per molti arresti confermata; da Escobar e da molti altri (73).

I sostenitori di questa opinione vengono chiamati novatori (*recentiores, neoterici*), cioè antitradizionalisti e avversi alla *communis opinio*.

Se confrontiamo il beneficiario col marito, troviamo simile fra loro la ragione degli oneri secondo cui i frutti siano da prestarsi *pro rata temporis*. Il beneficiato gode di onori, ma subisce anche oneri. *Beneficium datur propter officium*. E i frutti ecclesiastici sono annualmente assegnati affinchè siano sostenuti gli oneri correlativi per l'intero anno fino alla raccolta dei nuovi frutti. È quindi ragionevole che siano distribuiti *pro rata temporis servitii*, anche se, secondo il Navarro, seguito dal Barbosa, gli oneri del matrimonio superino quelli del beneficio, in quanto permane in entrambi i casi il principio: *onera esse in causa lucrationis fructuum*; oneri ci sono sempre, sebbene diversi nella quantità. Neppure vale il dire che il marito sia *dominus fructuum*, e il beneficiato non lo sia; giacchè ciò poteva essere secondo il diritto antico, non oggi secondo la consuetudine di testare, introdottasi, come è stato detto sopra (74).

Le altre opinioni riescono tutte ingiuste. Infatti se taluno è istituito nel beneficio nel mese di ottobre e muoia nel mese di aprile, periodo nel quale non vi sono frutti pendenti, avrà sostenuto gli oneri di quel periodo e nulla avrà percepito. Ciò è ingiusto anche se Navarro dica che si possa rimuovere tale assurdo corrispondendogli un modesto salario a titolo di servizio. Baldo dice che le spese sostenute dal fruttuario, morto durante i frutti pendenti, gli debbano essere rifatte, in relazione ai frutti che non raccolse; parimenti si vorrebbe che il successore nel beneficio o la chiesa parrocchiale, servita dal defunto, il quale morì prima dei frutti percetti, debbano pagare agli eredi del beneficiato defunto quanto per un onesto sostentamento il morto doveva avere. Ma non vi sarebbe in questo adeguata proporzione, nè congrua equiparazione, giacchè l'usufruttuario raccoglie i frutti per ragione soltanto di un diritto, e quindi non c'è da meravigliarsi se egli, morente, più nulla percepisca dei frutti pendenti. Il beneficiato invece non soltanto ha un

(73) BARBATUS, op. cit. p. 185.

(74) BARBATUS, op. cit. p. 185.

diritto, ma ha un onere, è quindi dissimile da esso. Il rimedio proposto si ritorce inoltre contro chi lo sostiene: se agli eredi è infatti concesso qualche cosa, che non si chiama spesa, come per l'usufruttuario, bisognerà affermare che sia a loro attribuito *ratione onerum*. Onde perchè non dovranno essi eredi o il nuovo provvisto avere adeguata mercede a seconda degli oneri? *Est certa merces ad onus, si minus dabitur praedefuncto beneficiario, maius cum iniquitate ipsius reportabit successor?* Perchè non fare una partizione *pro rata onerum magis*, piuttostochè secondo l'arbitrio dell'uno o degli altri? O si nega dunque che dagli eredi del defunto o dal successore nulla sia da dare o da ricevere, e allora, come gli eredi dell'usufruttuario o l'usufruttuario successore, *nulla ratione fructum assumunt nec sperant*; o se qualche cosa si ammetta che si debba dare o ricevere, dovrà calcolarsi una rata *iuxta temporis onerum proportionem* (75).

Se si paragoni il beneficiato al fidecommissario o all'usufruttuario che fanno loro tutti i frutti subito, è un'iniquità. Supponiamo che il beneficiato poco prima della raccolta dei frutti e cioè nel mese di luglio sia istituito, e, subito dopo la raccolta e cioè nel mese di ottobre, muoia, quale ragione di equità milita che il successore, per nove interi mesi, senza alcun emolumento e senza alimenti, debba servire l'altare? Per contro il defunto beneficiato, in così breve spazio di tempo, e cioè in un solo bimestre, trasmetta tutti i frutti dell'anno agli eredi. Avviene contro l'equità ed il diritto se l'erede possa conseguire i premi del defunto e l'onorario e la mercede del debito ufficio che lo stesso defunto non adempì. Onde se la divisione dei frutti debba definirsi o secondo una regola di diritto o secondo una ragione di equità, si vede che tal regola non dovrebbe essere dissimile da quella dei frutti del fondo dotale. Come il marito per ragione degli oneri fa suoi frutti, e dopo la morte li divide *pro rata temporis onerum*, parimenti il beneficiato o chiunque altro che percepisca redditi ecclesiastici, debba percepirli *pro rata temporis* in cui assolve gli oneri del divino ministero. A questo si può aggiungere che il beneficiato è detto sposo della sua Chiesa e l'istituzione canonica un matrimonio spirituale (76).

In Italia il Barbato abbraccia decisamente l'opinione *pro rata*

(75) BARBATUS, op. cit. p. 186.

(76) BARBATUS, op. cit. p. 186.

temporis come Moneta (77), Genuense (78), Parisius (79) ed altri minori.

Tale divisione si fa in Ispagna nelle Commende dei tre ordini militari di San Giacomo di Spada, di Alcantara e di Calatrava, come informano Molina, Gutierrez, Valasc. secondo è stabilito nei rispettivi statuti. E tale sistema deve seguirsi anche nel caso di rinuncia del beneficiato, e rispetto alle pensioni ecclesiastiche costituite dall'autorità apostolica sopra i frutti di qualche beneficio, pure secondo l'opinione del Molina, del Covarruvias, del Sarmiento, del Gutierrez, il quale ultimo pertanto informa che lo *stylus Curiae Romanae* in quest'ultimo caso è contrario (80).

Questioni secondarie sarebbero le seguenti.

Se le pensioni decorse e non pagate passino agli eredi dopo la morte del pensionario; se le entrate e i redditi non esatti, al tempo della morte del beneficiato, si trasferiscano agli eredi del beneficiato oppure al successore nel beneficio; se occorra che i frutti siano soltanto percetti oppure debbano essere anche reconditi; quando incominci l'anno e quindi da che giorno si debba fare la divisione dei frutti, per il che alcuni dissero doversi assumere l'inizio dalla raccolta dei frutti; altri dal giorno del possesso del beneficio, altri dal mese di gennaio (81).

Tuttavia l'opinione *pro rata temporis*, sebbene nelle regioni ultramontane sia frequentemente seguita e ricetta nell'uso del foro, come per la Spagna attesta Covarruvias, Sarmiento, Gutierrez, Averdano e Molina, e per la Francia Annaeus Robertus; in Italia invece non si giudica in base ad essa, sibbene secondo la dottrina comune che fa del beneficiato un'usufruttuario in vita e un usuario in morte (82).

Nella Spagna e nella Francia vige la consuetudine che i frutti ecclesiastici acquistati si trasmettessero agli eredi.

(77) MONETA I. P., *Tractatus de distributionibus quotidianis*, Romae, 1621, p. 240 seg.

(78) GENUENSE M. A., *Praxis archiepiscopalis curiae Neapolitanae*, Romae, 1611, p. 204 segg.

(79) FLAMINI PARISI, *De resignatione beneficiorum*, Romae, 1591, t. I, lib. I, quest. 6, n. 79-80.

(80) BARBATUS, op. cit. p. 187.

(81) BARBATUS, op. cit. p. 188.

(82) BARBATUS, op. cit. p. 190.

3. — Dice Molina che, mancando, in relazione alla successione nel maggiorasco, una norma scritta, bisogna dedurla da casi simili e in genere si argomenta dal feudo, dal fedecompresso, dall'usufrutto, dall'enfiteusi, dai frutti dell'ultimo anno di matrimonio, dalla vendita semplice, dalla vendita con patto di riscatto, ecc. (83).

Onde la questione diventa più generale e da questo punto di vista è interessante Munnoz de Escobar. Riassumiamo ciò che egli espone in un capitolo intitolato: *fructus bonorum maioratus* (o primogenitura) *quomodo sint dividendi, inter successorem et haeredem praedecessoris*. È una vecchia querela, egli dice e vi sarà il prezzo dell'opera se a questa difficilissima controversia sarà posto fine (84).

Una prima opinione è la seguente:

I frutti pendenti fa suoi il successore perchè si debbono considerare *pars fundi*; morto il successore in qualunque parte dell'anno, i frutti pendenti appartengono in solido al successore e non agli eredi dell'antecessore. Se i frutti si reputano parte integrale del fondo, è impossibile che trapassi il possesso del fondo, appena morto l'ultimo possessore, e i frutti *aliquo modo penes haeredes ipsius permaneant*. Poichè il possessore del maggiorasco si reputa in certa guisa usufruttuario e l'usufrutto appena morto l'usufruttuario si estingue e si consolida con la proprietà, i frutti pendenti al tempo della consolidazione o della fine dell'usufrutto necessariamente apparterranno a colui cui la cosa stessa fruttifera appartiene.

Ma ci sono altri i quali ritengono che i frutti siano da dividersi *pro rata temporis*, nell'anno, in cui visse l'ultimo possessore, tra gli eredi del defunto ed il nuovo successore, secondo la disposizione riguardante il divorzio. Ciò perchè i possessori di maggioraschi si ritengono costituiti in grande dignità e sopportano grandi oneri d'ogni genere.

Avendano stima che questo pensiero non soltanto corrisponda all'equità, ma che sia da accogliersi *ex eo quia possessor maioratus*

(83) DE MOLINA L., (giureconsulto), *De primogenitorum Hispanorum origine ac natura*, Venetiis, 1757, p. 463, cap. XI, *Qualiter inter majoratus successorem et ultimi possessoris haeredes fructus pendentes dividendi sint*.

(84) MUNNOZ DE ESCOBAR F., *De ratiociniis administratorum*, Venetiis, 1660, p. 403.

praecise et necessario post mortem maioratum restituere teneatur sequenti in gradu vel vocatione. Quando restitutio fit ex necessitate, i frutti sono da dividersi pro rata temporis come vuole Bartolo in l. divortio nu. 10, il quale stima che i frutti del maggiorasco siano da dividersi pro rata tra gli eredi del predecessore ed il successore. Diversamente la cosa riuscirebbe molto iniqua.

E Munnoz riferisce ancora la dottrina di Andrea d'Isernia secondo la quale il feudatario fa proprii i frutti pendenti *pro ea parte quo vixit*, ma soltanto i frutti industriali *quia dum haberet utile dominium, fundum coluerit et servitia domino praestiterit honoremque ei exhibuerit, quia videtur in eo militare prorsus eadem ratio, quae militat in marito supportante onera matrimonii, et quia saltem fructus industriales videntur percipi toto tempore quo coluntur.*

Aiora invece ritiene che la prima opinione si possa seguire rispetto al primo successore o al primo chiamato al maggiorasco; mentre l'opinione contraria, cioè quella del Covarruvias sia da adottarsi quando si tratti di maggiorasco o fedecompresso fondato da antico; *ita ut in eo non succederetur ex voluntate successoris tantum, sed ex necessitate apposita a primo fundatore et ubi non fuisset in potestate ultimi possessoris et successoris de fructibus aliquid disponere, sicut licuit primo maioratus institutori. Ideoque succurendum sit illis, ut partem fructuum habere possint saltem pro rata temporis, quo praedicta bona possederunt et dominum eorum (saltem revocabile) habuerunt fundosque maioratus bona fide seminaverint et coluerint.*

Altri poi distinguevano ancora se il maggiorasco fosse costituito *in ultima voluntate vel in contractu*, attribuendo ai due casi conseguenze diverse.

Ad accogliere la tesi che gli eredi dell'ultimo possessore debbano avere soltanto i frutti raccolti, gioverebbe l'osservazione che il maggiorasco abbia piuttosto l'apparenza di oneri che la sostanza; e che i vantaggi del maggiorasco di solito ne superino gli oneri; mentre nella dote quasi sempre il contrario accade. Neppure vi osterebbe l'argomento dedotto da Bartolo nella detta *l. divortio n. 10*, secondo cui è stabilita una differenza tra la restituzione volontaria e quella *praecisa*, (o necessaria) poichè la opinione di Papiniano, (nel testo *soluta matrimonio*) non si fonda sul fatto che la restituzione della dote si faccia dal marito *ex necessitate*, ma, piuttosto per

causa degli oneri il marito faccia proprii i frutti delle cose dotali; per cui la decisione, fuori dei termini di quel testo (la restituzione avvenga *ex necessitate o ex voluntate*) non avrebbe luogo, come appunto, contro Bartolo, giudica Covarruvias. Per il che male intese Socino, quando dichiarò che i frutti del fedecompresso fossero da dividersi tra l'erede ed il fidecommissario, *ex necessitate, pro rata anni*. E sarebbe da guardarsi anche da Avendano e da Gutierrez che lo hanno seguito. Che se il maggiorasco abbia degli oneri annessi che dovranno essere per forza subiti ed il possessore del maggiorasco li abbia già sostenuti senza avere la raccolta dei frutti dell'anno nel quale morì, gli eredi di lui potrebbero pretendere *ex aequitate praetoria* di essere rifatti dal successore. Niente infatti di più naturale *ut quem sequuntur commoda sequantur incommoda alias enim successor locupletaretur cum iactura aliena, quod esset contra naturalem aequitatem*. Né la differenza stabilita da Andrea da Isernia tra i frutti naturali ed industriali sarebbe fondata sul testo, giacchè quel testo dice soltanto *quod in fructibus non solum attenditur tempus quo percipiuntur, sed et tempus quo curantur, ita ut de illis participare debeat qui eos curavit et coluit, licet non perceperit*; così quella decisione sarebbe da restringersi soltanto al caso della dote, mentre fuori del caso della dote *solum attenditur tempus quo fructus percipiuntur*, ma se questa opinione, dice Munoz de Escobar risulta abbastanza difesa dal punto di vista del diritto, tuttavia nella prassi è meglio ricevuta l'altra sentenza che questi frutti debbano essere divisi *pro rata temporis*.

Il computo *pro rata* deve osservarsi, continua lo stesso anche in materia di feudi, specialmente quando il feudo passi ai successivi parenti, anche se non debba adottarsi quando ritorni al signore (come richiederebbero gli *Usi Feudorum* secondo una interpretazione).

La stessa questione non è affatto vana come dicono alcuni rispetto al beneficiato, e ciò almeno in Ispagna, perchè ivi i chierici possono disporre dei beni e dei frutti acquisiti anche *intuitu ecclesiae* e ad essi si può succedere anche *ab intestato*. Sulla base di questo presupposto, Munoz de Escobar riferisce i termini della opinione comune e, di contro, quella *pro rata*, citando Alberico, Sarmiento, Covarruvias, Mulina, Gutierrez, valendosi della comparazione del matrimonio carnale con lo spirituale e della somiglianza del beneficiato col marito che sopporta gli oneri del matrimonio, nonostante quello che, in contrario, aveva detto Barbosa, forte, di questo tempo, rappresentante dell'opinione comune.

Munnoz de Escobar conclude dicendo di voler costituire una regola e cioè: che la disposizione della legge *divortio* abbia luogo in tutti i casi in cui il lavoro e l'onere sia la causa precipua ed immediata dell'acquisto dei frutti. Poichè laddove militi la stessa ragione ivi debba ammettersi lo stesso computo e la stessa divisione.

Ma Munnoz si pone ancora altro quesito: come deve farsi il computo dei frutti se, venduto il fondo con patto di retrovendita, il venditore lo riacquista al momento dei frutti pendenti? Molte sono state le opinioni (85).

Alcuni hanno ritenuto che il venditore, il quale riprese il fondo, debba avere i frutti pendenti al tempo della ricompera *non habita ratione ad ratam temporis quo emptor fundum possederit*.

Altra opinione è che tali frutti siano da dividersi *pro rata anni* secondo la *l. divortio* e la questione fu definita così nella prassi spagnola. *Huius sententiae ratio ea potissima est; quia in casu, de quo agimus, ille primus emptor ratione praecedentis contractus de retrovendendo, necessitatur revendere rem emptam venditori eam reemere volenti, pretio sibi soluto, quod dedit, et de iure quando res aliquo tempore, vel casu eveniendi ex necessitate est restituenda, fructus pro rata temporis, quo quis rem possederit lucratur: ergo et pro rata erunt dividendi*. Così il Bartolo in *l. divortio* n. 10, comunemente ricevuto.

Tuttavia questa sentenza sia vera e certa quando la retrovendita si faccia per lo stesso prezzo, non vera invece se questa condizione non fosse apposta, perchè in tal caso non dovrebbero trasferirsi i frutti pendenti per lo stesso prezzo, ma per il prezzo corrente al tempo della retrovendita.

Il punto logico più lontano in questa estensione del principio *pro rata temporis* è rappresentato dal Cuiacio. Egli l'applica direttamente all'usufrutto. Chiama falsa ed iniqua la dottrina della scuola comune secondo la quale dei frutti pendenti nulla spetta agli eredi dell'usufruttuario. Critica i testi romani e li interpreta a suo modo, argomenta dal testo del *servus fructuarius* e ritiene che si debba *officio iudicis aut actione personali* costringere il proprietario ad *praestandum pro rata* (86).

(85) MUNNOZ DE ESCOBAR, op. cit. p. 421.

(86) CUIACI J., *Opera*, Prati 1836, I, col. 1094; IV, col. 986, 998; X, col. 971.

4. — Dopo questa lunga disamina, è dato di trarre gli elementi fondamentali onde si costruisce la dottrina della divisione dei frutti *pro rata temporis*.

Quando si paragoni il beneficiario al marito che sopporti gli oneri del matrimonio, si rileva e si espone la differenza tra essi e l'usufruttuario e tra una *causa onerosa* ed una *lucrativa*.

Ma quando si passa a considerare altri rapporti, come quelli cui la comparazione non è più possibile, allora si ricorre a stabilire altra differenza. Non è il passaggio puro e semplice della proprietà o del godimento che si tiene di vista, bensì il passaggio, ma sotto il profilo della restituzione e si dice che talora si è tenuti a restituire per necessità, talaltra si restituisce per volontà. Tale distinzione è fatta risalire a Bartolo.

Questo secondo elemento è collegato col primo? Balza esso fuori, pur essendo implicito nel primo ed ivi inosservato? Sono principii che si subordinano uno all'altro? Così, per esempio: ammesso che la restituzione sia necessaria, occorre esaminare se la causa sia onerosa per farsi luogo alla divisione *pro rata temporis*? Che quindi occorra sia presente il concorso di entrambi?

Oppure sono principii indipendenti l'uno dall'altro e non affatto in correlazione fra loro, per cui in alcuni casi possa discutersi sulla base dell'uno, in altri casi sulla base dell'altro?

Questa seconda opinione sembra la più giusta.

Quando si parla di causa si fa riferimento al *titulus* e se il *titulus* sia oneroso si conclude subito che i frutti debbano dividersi *pro rata temporis et laboris*.

Quando invece la restituzione si faccia *ex necessitate*, sembra che molti altri elementi del rapporto giuridico fra le parti occorra tenere presenti.

Non abbiamo noi compiutamente analizzati tutti i rapporti possibili dove questo elemento della restituzione *ex necessitate* si riveli e quindi non possiamo dire che in ogni e in qualunque caso la causa costituisca un *prius* e la *necessitas* un *posterius*, o che debba la *necessitas* al tutto scomparire di fronte alla valutazione della *causa*.

Sono, queste, osservazioni elementari che meriterebbero di essere più largamente svolte di quello che noi ora non potremmo fare.

5. — Un'elaborazione così vasta ed anche così acuta come quella della scuola giuridica spagnuola, non abbiamo trovata altrove.

Crediamo quindi che a questo punto quell'elaborazione siasi arrestata.

Ma quale fu la sua influenza nei diritti territoriali dei varii paesi? Andarono le sue risonanze affievolendosi o riapparvero attraverso tardivi ed isolati suoi sostenitori? Quale fu dunque la vitalità di quella dottrina?

Le legislazioni certamente in mezzo a tanti urti, così molteplici e diversi, pratici e teorici ad un tempo, non potevano svilupparsi in senso al tutto conforme. Tuttavia sul terreno del rapporto beneficiario il filone non lascia perdere le sue tracce, non si smarrisce, ma persiste, e reclama per sè novella attenzione, anzi lascia da ultimo trionfante la sua norma anche nel *Codex Iuris Canonici*.

Vediamo i diritti territoriali di alcuni Stati.

6. -- Innanzi tutto il sistema del riparto dei frutti nella regalia franca (87).

Nel medio evo le rendite dell'anno di morte nei vescovadi erano ripartite secondo i principii del diritto feudale tra il Re e gli eredi del vescovo. Allorchè, dopo la morte del vescovo di Teouanne, il quale era defunto nell'anno 1378, prima della festa di San Giovanni Battista, dunque prima della raccolta dei frutti, sorse vertenza sopra i frutti stessi, Ruzè riferisce avere il Parlamento deciso che al Re spettassero le entrate del vescovado, dal momento in cui aveva avuto principio la regalia e sino al punto in cui la regalia stessa si fosse chiusa; dunque, in quel caso, tutte le entrate dell'anno sarebbero spettate al Re.

Phillips osserva perciò che si seguivano anche allora gli antichi principii, se anche, secondo Ruzè, il pensiero dei giuristi francesi, sopra questo argomento, andasse per diversa via, cioè verso le analogie del diritto feudale longobardo, dei frutti dotali, dell'usufrutto romano.

Nell'anno 1378 da altra decisione pure emessa non risulta quale opinione il Parlamento condividesse. Ruzè crede che tutti i frutti non percetti, dall'inizio della regalia, andassero al Re.

Ma immediatamente dopo Ruzè, il sistema cambiò. Già nel 1567 decise il Parlamento che il denaro, che l'affittuario doveva versare

(87) PHILLIPS G. J., *Das Regalienrecht in Frankreich*, Halle, 1873, p. 197 segg.

al vescovo, fosse diviso *pro rata* tra gli eredi del vescovo e la Santa Cappella di Parigi, per il tempo in cui il defunto prelato fosse vissuto durante l'anno di morte e rispettivamente avesse durato la regalia.

E in un processo tra gli eredi del vescovo di Angers, morto il 10 febbraio 1571, e la Santa Cappella, fu ordinato nell'anno 1576 un conforme riparto. Nel caso della morte del vescovo di Bayeux, che morì il 5 dicembre 1571, il Parlamento applicò la massima che tutti i frutti, anche percepiti dall'antecessore o dal successore, fossero divisi nell'anno *pro rata temporis*.

Questa regola fu osservata anche più tardi. E come si ripartivano *pro rata* le rendite, così si faceva anche il riparto delle spese.

Anche più tardi il Pothier accennava che in materia beneficiaria si seguiva altra norma, diversa da quella romana dell'usufrutto, e cioè la regola del *pro rata temporis* (88).

Ma la *communis opinio* era così forte ancora durante i secoli XVIII-XIX che non solo il Codice Napoleone, ma tutti pressochè i codici civili moderni, sono tornati ad essa.

Il diritto comune aveva a proprio favore il privilegio di una tecnica insuperata: logico e diritto esso colpiva a punto. Si potrebbe dubitare: che importi talora l'esasperazione della giustizia nei casi singoli, se la giustizia stessa si possa raggiungere nel complesso vasto ed organico dell'ordine giuridico? L'alea dell'acquisto dei frutti nell'usufrutto è, secondo questo sistema, un elemento imprevedibile sospeso in alto sul rapporto giuridico, come carattere indispensabile di esso, come necessità inscindibile da esso, sacrificio dovuto ad una logica superiore, quella richiesta da un metodo chiaro e lineare ai fini della realizzazione di un ordine giuridico ove riescano facilmente risolubili anche le più complicate vertenze.

E tuttavia anche oggi, dopo il Codice Napoleone, che ha reintegrato sostanzialmente le regole romane, scrittori civilisti come Aubry e Rau (89), Laurent (90), Baudry-Lacantinerie (91), Planiol (92)

(88) POTHIER R. J., *Oeuvres contenant les traités du droit français*, III, Bruxelles, 1829, 517, *Traité du Douaire*, n. 194.

(89) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1871, IV, § 357, p. 440, texte e nota 19.

ed altri sostengono che sia desiderabile che anche i frutti naturali, come i civili, siano acquistati in proporzione della durata del godimento nel periodo fruttifero.

7. — Per la Germania c'informano che, anche durante il periodo del diritto comune, la divisione *pro rata* era adottata nella tutela usufruttuaria, nella locazione, nell'enfiteusi, nel maggiorasco, nel feudo, nella vendita, nel fedecompresso, nel vitalizio, nel beneficio ecclesiastico, nel retratto, nell'usufrutto ed in altri rapporti analoghi ove si avevano trapassi di godimento o di proprietà (93).

E secondo il Diritto provinciale prussiano l'usufruttuario e il proprietario, che gli succedeva nel godimento, erano comproprietarii dei frutti dei beni rustici dell'ultimo anno redditizio, in proporzione della durata del godimento rispettivo in quell'anno; di altri beni spettavano all'usufruttuario i frutti del trimestre in cui cessava l'usufrutto, computandosi l'anno dal 1° giugno. Minutamente erano disciplinati i rapporti nascenti dalla comunione, ordinata, come per la cessazione dell'usufrutto ordinario (I, 21 §. 150 seg.), per quella dell'usufrutto materiale (II, 1, §. 615), per la reversione del feudo (I, 18 §. 10), e per la restituzione del fedecompresso (II, 4, §. 212). Ed analogamente era ordinata una comproprietà dei frutti dell'anno redditizio (computato dal 1° luglio), nel quale aveva luogo la rivendica, tra possessore di buona fede e rivendicante (94).

Il Petrazycki, come conclusione del suo studio sulla divisione dei frutti, raccomandava la seguente formula per le future legislazioni: “ Il successore nel godimento deve restituire al predecessore quella parte dei frutti periodici che corrisponde alla durata del costui diritto nel periodo corrente „ (95).

(90) LAURENT, *Principes de Droit Civil franç.* VI, Paris, 1878. p. 494; XXIX, n. 408.

(91) BAUDRY, LACANTINERIE ET SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, 1907, n. 651.

(92) PLANIOL M. - RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, III, Paris, 1926, p. 732; SOUNES H., *Des fruits* (Thèse, Paris, 1901), p. 118, 184.

(93) BRESCIOUS op. cit., p. 61.

(94) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, Berlin, 1885.

(95) PETRAZYCKI, op. cit. si occupa soltanto della divisione dei frutti allo scioglimento del matrimonio e tra il possessore di buona fede ed il proprietario.

E tuttavia nella preparazione del Codice civile germanico fu ventilata, ma rigettata la proposta di porre a base dell'acquisto dei frutti il periodo fruttifero (96).

8. In Italia, tra le concezioni romane e quelle germaniche, tra il diritto ufficiale e quello dottrinale, aprivano il varco alla dottrina del *pro rata temporis*, dal basso, il diritto particolare, la giurisprudenza o prassi dei tribunali e gli organi di arbitrato. Questi elementi e fattori creavano il terreno neutro dove, meglio che nel diritto ufficiale della Chiesa, tutto imbevuto dei principii del diritto romano, avrebbero trovato posto le massime dell'equità.

Già gli scrittori della scuola spagnuola avevano rilevato esservi delle costituzioni sinodali in vescovadi, abbazie e priorati, espressamente favorevoli alla regola del *pro rata*, come anche statuti di chiese cattedrali e di ordini militari. Avevano rilevato il concorde movimento della prassi giudiziaria (97).

Questi fattori dovevano essere, almeno in parte, attivi in Italia, se non nell'elaborazione per entro il rapporto beneficiario, in altri rapporti.

Non solo, ma anche la composizione doveva essere una fra le vie più sicure per la risoluzione di queste vertenze, le quali erano dette difficilissime. A dir vero gli Spagnuoli non parlano di questa forma risolutiva delle controversie giudiziarie. Ma vi accenna il De Luca ed anche alcuni sinodi diocesani italiani.

Un sinodo faentino del 1649 stabiliva: *ad dirimendas lites, quae quotidie, inter successorem in beneficio et haeredes beneficiarij praemortui oriuntur de alendo oeconomio, volumus, ut seclusa quacumque consuetudine, ac praedecessorum nostrorum constitutione, eas vicarius noster generalis iuxta sacrarum canonum dispositionem componat* (98).

Un sinodo di Reggio del 1665 stabiliva analoghe determinazioni (99).

(96) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1896, III, p. 71 segg. Protokolle v. III Prot. 179.

(97) GUTIERREZ, *I Canonicarum quaestionum*, Francofurti, 1607, lib. I, capitolo XXXIII, p. 168; MUNOZ DE ESCOBAR, op. cit., p. 409.

(98) *Constitutiones dioecesanae ab episcopo Faventino*, Faventiae, 1676, p. 5.

(99) *Synodus dioecesana ab illustrissimo et reverendissimo DD. Joanne Augustino Mariano episcopo Regii, habita anno MDCLXV*, Regii 1665, p. 95.

Se si creava un organo compositore, voleva dire che il diritto comune non soddisfaceva gli spiriti, onde doveva trovarsi nella composizione la norma più giusta.

Ma le Costituzioni Estensi sancivano espressamente la regola pro rata in materia di feudo (100).

Le incertezze si riflettevano anche nella disformità dei regolamenti della Regalia negli antichi Stati d'Italia. In Toscana era seguita la norma del diritto comune sull'usufrutto. Nel Piemonte e nel Lombardo Veneto era invece ordinato il riparto proporzionale tanto dei frutti civili come dei naturali. A Napoli soltanto nel 1861 si ordinava il riparto tanto dei frutti naturali quanto dei civili in base alla durata dell'anno civile. Un principio uniforme per tutta Italia secondo la norma del pro rata anche per i frutti naturali fu accolto nel Regolamento del 2 marzo 1899 per l'esercizio del diritto di regalia, e fu ripetuto esattamente nel regolamento stesso del 1918 (101).

Anche in Italia, come in Germania, nei lavori preparatori del vigente Codice Civile, si ebbe la proposta di Marco, per la commissione palermitana che esaminò il progetto Miglietti, proposta che avrebbe voluto l'attribuzione dei frutti naturali in proporzione del tempo del godimento. Ma il nostro Codice Civile non l'accolse e rimase fermo al sistema tradizionale romano (102).

E scrittori anche qui come il Venezian, (103) lo Stolfi (104), si dichiarano favorevoli al principio pro rata.

Il Venezian particolarmente dice: "La soluzione ideale del problema consisterebbe nell'assicurare a chi ha un diritto sulla cosa una parte dei frutti proporzionale alla durata del periodo fruttifero „ (105).

(100) *Codice di leggi e costituzioni per gli stati di S. A. R. Modena* 1815, lib. III, tit. IV pag. 16.

(101) VENEZIAN, op. cit. p. 563 segg. e bibliografia ivi.

(102) STOLFI, N. *Diritto Civile*, Torino, 1928, II, 34 segg.

(103) VENEZIAN, op. cit. p. 544 segg.

(104) STOLFI, N. op. cit. ibid.

(105) VENEZIAN, op. cit. p. 515.

9. — Da ultimo la nuova codificazione canonica sancisce la regola *pro rata temporis, nisi legitima consuetudo aut peculiaria statuta rite approbata alium iustae compositionis modum induxerint*, nel canone 1480 del C. i. c., integrato dalla recentissima interpretazione ufficiale dell'*annus currens*, come già abbiamo esposto.

10. — Il presente lavoro può avere dunque interesse perchè illustra un principio reso oggi universale dal Diritto canonico; perchè la storia di quel principio può essere presa in considerazione anche nel campo del diritto civile per tutti i rapporti nei quali si attui una successione nel godimento o nella proprietà dei beni.

Il movimento in favore della dottrina *pro rata temporis* derivò, nella storia, sostanzialmente dal sentimento giuridico dell'equità. Ripugnava la regola dell'acquisizione romana dell'usufrutto estesa a tutti gli altri casi. Si voleva un po' più di giustizia, tenere conto cioè non solo della restituzione necessaria, ma del titolo oneroso. Così si ebbe un'evoluzione nelle dottrine, ma anche nei fatti. E fatti furono in Italia gli statuti civili, gli statuti ecclesiastici, gli usi feudali, la prassi giudiziaria, le composizioni, che tutti tendevano a quel fine.

Compito della nostra ricerca è stato quello dunque di esporre le dottrine contrarie al puro diritto romano, che si sono affacciate nel corso della storia e che, in taluni campi, hanno talora definitivamente trionfato, come nel diritto canonico o nel diritto degli Stati in materia beneficiaria.

È stato da noi lungi il pensiero di costruire dogmaticamente una dottrina che s'inserisca nel diritto moderno. Abbiamo soltanto cercato di ripercorrere il cammino che i nostri giuristi medioevali e del rinascimento avevano iniziato, nel quale talora giunsero alla meta, mentre il dibattito deve ritenersi tuttora aperto.

Il nostro Codice Civile, come quello francese e come quello di molti altri paesi, non ha che una regola sull'acquisto dei frutti naturali, quella dettata per l'usufrutto.

La questione che può farsi in diritto moderno è che, se una regola si trovi specificata, quella dell'acquisto dei frutti naturali nell'usufrutto, la quale si voglia estendere a tutti gli altri casi di passaggio del godimento e della proprietà, noi diciamo: come nel diritto comune si volle scegliere fra la regola dell'usufrutto e quella dei frutti dotali, parimenti se ne deve discutere anche nel diritto moderno.

Lasciandosi libero il campo al dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, potrà forse aversi, laddove sia possibile e come si è verificato nella storia, l'attuazione dei principii di equità che nell'ordine giuridico sono perenne aspirazione dell'umanità.

Potremo dunque noi fermarci a questo punto, lasciando ai civilisti di considerare i problemi nascenti dalle nostre ricerche.

GIUSEPPE FORCHIELLI

SUL CONCETTO DI AGENTE DI COMMERCIO

SOMMARIO: 1) Proemio. L'agente di commercio è tale anche se fornito di rappresentanza. — 2) Agente di commercio e agente-impiegato. — 3) Perché l'agente di commercio è commerciante? Critica dell'opinione dominante, che lo parifica all'agente d'affari, di cui al n.º 21 dell'art. 3, cod. comm. — 4) Critica del corollario dell'opinione dominante: l'agente di commercio sarebbe commerciante solo quando gestisse un'impresa (in senso proprio). Così ragionando si dovrebbero distinguere tre categorie di agenti: commercianti, impiegati e... professionisti. — 5) Nostra tesi: l'agente di commercio vero e proprio è sempre commerciante, in quanto compie per professione abituale operazioni di mediazione in affari commerciali (n.º 22 dell'art. 3). — 6) Confutazione di un'obiezione eventuale: l'agente d'affari non è un mediatore. — 7) Critica del progetto definitivo per il nuovo codice di commercio. — 8) Agente di commercio e agente-impiegato. Le nuove norme sull'inquadramento confermano la nostra tesi. — 9) I piccoli agenti di commercio. — 10) Agenti di commercio e viaggiatori di commercio: commessi, agenti e piazzisti.

1. — Numerose sono le dispute che fioriscono intorno a quella complessa figura d'ausiliare, che è l'agente di commercio; dispute originate non soltanto dal fatto che la nostra dottrina non è sempre partita, in questo campo, da premesse esatte, come ci auguriamo di provare in seguito; ma soprattutto dal silenzio della nostra legge attuale, silenzio che sicuramente cesserà, compiendosi la riforma del diritto commerciale patrio. Così, ad esempio, si discute se l'agente di commercio abbia diritto a privilegio per le sue provvigioni (o meglio, per parte di queste) nel caso di fallimento della casa "rappresentata". Com'è noto, l'art. 549, cpv., del cod. di comm. francese, modificato l'ultima volta dalla legge del 17 luglio 1919 (1), ha risolto affermativamente

(1) La quale ha importanza anche per altro verso, che qui non importa precisare (cfr. BONELLI, *Fallimento*, 2, p. 349, nota 3; CUZZERI-CICU, *Fallimento*, p. 398, nota 1). I due ultimi hanno il torto di fermarsi alla legge del 6 febbraio 1895.

la questione (2). *Quid iuris*, invece, di fronte all'art. 773, n.° 1, del nostro codice, che non fa parola dell'agente di commercio? S'impone, evidentemente, un esame di questa singolare figura di ausiliare, sorta con il sorgere del grande traffico e cui, probabilmente, il traffico ancora accresciuto andrà togliendo man mano gran parte della sua importanza; esame reso particolarmente difficile dalla presenza, oseremmo dire dalla contiguità di altri ausiliari non sempre nettamente differenziati (commessi [sedentari e viaggiatori], mediatori, commissionari); dall'interferenza di leggi speciali e di contratti collettivi; dal cumulo di scritti di valore disuguale, dalla copia e dalla discordanza delle sentenze.

Non vuole questo scritto rappresentare uno studio compiuto della singolare figura: esso mira soltanto a fissarne le caratteristiche giuridiche principali, al fine di risolvere il quesito ingenerato dal silenzio della nostra legge. Ecco perchè non verrà risolta in queste pagine la vecchia questione se il c. d. rappresentante di commercio sia un mandatario senza rappresentanza (3), un locatore d'opera (4), un locatore di opere (5), oppure se esso agente non pos-

(2) Detto capoverso ha suscitato difficoltà d'interpretazione d'altro genere. Quando debbono ritenersi *définitivement acquises* le provvigioni? Su l'elegante questione cfr. la nota del CHÉRON, *Le privilège des représentants de commerce pour leurs commissions "définitivement acquises"*, in *Dalloz P.*, 1930, I, p. 96, e la nostra noterella nell'*Annuario di diritto comparato ecc.*, vol. VI° (1931).

(3) Così VIVANTE, *Trattato*, 5ª ed., vol. I°, p. 310, n.° 287; *Relazione al progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, p. 218; SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, p. 23, nonchè parte della dottrina francese (vedila citata dallo SRAFFA e dall'ASCARELLI, *Sulla revoca di un agente di commercio*, nel *Foro it.*, 1925, I, col. 519; *adde*: CHÉRON, op. cit., p. 96).

(4) VIDARI, *Corso*, ecc., n.° 3617; MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2ª - 3ª ed., Tübingen, 1928, p. 150.

(5) In questo senso la dottrina che oggi ci sembra dominante: così, in Italia, ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 352; ASCARELLI, op. cit., coll. 520-22, pur con qualche restrizione, ed ora, più recisamente, negli *Appunti di diritto commerciale*, vol. I°, *Parte generale*, Catania-Roma, 1931, p. 105.

Per la dottrina tedesca v. citazioni in MÜLLER-ERZBACH, loc. cit., nonchè in STAUB-BONDI, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12ª-13ª ed., vol. I°, Berlin-Leipzig, 1926, p. 528, § 84, nota 4, a; DÜRINGER-HACHENBURG, *Das Handelsgesetzbuch*, 3ª ed., vol. I°, Berlin, 1930, p. 665, annotazione preliminare al § 84, nota 3. Cfr. soprattutto SCHMIDT-RIMPLER, p. 14, testo e nota 8, il cui *Handlungsagent*, nel *Handbuch des gesamten Handelsrechts* dell'EHRENBERG, Vol. V°, I, 1, Leipzig, 1928, costituisce, se non erriamo, la più ampia ed approfondita trattazione del tema che ci interessa.

sieda una propria qualifica costante (6) (7). Diremo soltanto che, contro la tesi, che fa dell'agente di commercio un mandatario senza rappresentanza, si potrebbe aggiungere, oltre a quanto è stato osservato per escludere la figura del mandato (diretto, secondo gli oppositori, alla conclusione, e non alla sola preparazione di negozi giuridici), essere inesatto che esso agente, per rimaner tale, non debba rivestire la qualità di rappresentante del suo "principale". Sembra a noi che non colga nel segno il VIVANTE (8), allorchè afferma che agenti di commercio veri e propri dovrebbero considerarsi soltanto coloro, che non hanno il potere di concludere gli affari del principale, mentre coloro, che di tale potere fruiscono, sarebbero da considerarsi degli *institori*, perchè investiti della sua rappresentanza per l'esercizio del commercio in una o più piazze. Evidentemente il nostro illustre maestro è stato indotto a formulare questa distinzione da una interpretazione, a parer nostro non esatta, dell'art. 376 cod. comm., secondo il quale "le disposizioni di questa sezione [relativa agli "institori] si applicano ai rappresentanti di case commerciali o di "società estere, che trattano e conchiudono abitualmente in nome "e per conto di esse nel regno gli affari appartenenti al loro commercio". La distinzione formulata dal VIVANTE in rapporto ai "rappresentanti", di case nazionali si basa sul citato art. 376 forse perchè nella relazione MANCINI è scritto che gli agenti di case estere differiscono dai veri e propri rappresentanti "..... in quanto non hanno la facoltà di conchiudere contratti, ma soltanto di riferire le offerte alla casa mittente, che stringe ed eseguisce direttamente le contrattazioni....."; ma, comunque sia, ci sembra certo che la distinzione proposta non debba accogliersi. Infatti, ove si presupponga il caso frequentissimo di un agente di commercio, il quale diriga con piena autonomia una *propria* azienda, che lavori contemporaneamente per più e più case, com'è possibile conferire all'agente, per il solo fatto che egli è anche un vero rappresentante, la qualifica

(6) Così NAVARRINI, *Trattato*, 1^a ed., vol. IV^o, p. 175 e, più recentemente, *Sugli agenti e rappresentanti di commercio*, in *Dir. e prat. comm.*, 1928, 1, p. 152, però qui con decisa propensione verso la figura del locatore d'opera.

(7) La questione avrebbe importanza preponderante solo se noi volessimo studiare la revoca dell'agente di commercio, a proposito della quale cfr. ASCARELLI, op. cit. in *Foro it.*, e gli autori ivi citati. *Adde*, sopra tutti, VALERI, *Sulla revoca della "rappresentanza commerciale"*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, 2, p. 566.

(8) Op. cit., n.° 286, pp. 309-10.

d'istitutore (9)? D'altra parte, non ci sembra inutile osservare che la distinzione del VIVANTE è chiaramente respinta dal § 84 del codice di commercio tedesco, in cui per la prima volta vennero legislativamente contemplati i c. d. *Handlungsagenten*. Ed, infatti, secondo la citata norma, è agente di commercio non soltanto il "produttore d'affari", (*Vermittlungsagent*), ma anche colui, che è incaricato di *concludere* affari nel nome di un altro (*Abschlussagent*). Ci sembra dunque chiaro che nel novero degli agenti di commercio debbano andar compresi anche quelli forniti di vera e propria rappresentanza (10) (11).

(9) Così già il LEVI DE VEALI, *Il rappresentante di commercio ed il contratto di rappresentanza commerciale*, Milano, 1924, pp. 53-5, n.º 20, il quale pone assai bene in luce gl'inconvenienti, ai quali si andrebbe incontro conferendo sempre all'agente fornito di rappresentanza la qualifica di istitutore. Si noti che il libro dell'a. citato mira (è la parola) ad attribuire quanto più è possibile la veste di impiegati agli agenti di commercio.

(10) Va da sè che, se il c. d. agente dirige una filiale della casa ed è fornito di potere di rappresentanza, egli è istitutore; ma è istitutore appunto perchè non è agente (in senso proprio); e non è agente, non perchè abbia la rappresentanza, ma soprattutto perchè dirige una filiale della casa, alla quale egli deve ubbidire anche per quanto attiene all'organizzazione della filiale stessa (Cfr. STAUB-BONDI, op. cit., p. 528, nota 4, b, in fine).

Conformi al testo ASCARELLI, op. cit. in *Foro it.*, col. 520 e *Appunti ecc.*, cit., pp. 104 e 163; WIELAND, *Handelsrecht*, vol. Iº, München-Leipzig, 1921, p. 377 (v. anche RAMELLA, *Commento* (Utet), 1928, pp. 401 e ss., n.º 304, e FEDERICI, in *Dir. e prat. comm.*, 1930, 2, pp. 26-7). Si abbiano presenti anche l'art. 78, cpv., del nostro progetto preliminare, il quale stabiliva che "quando l'agente è anche fornito di rappresentanza per la conclusione degli affari, gli si applicano le disposizioni seguenti, in quanto siano compatibili con la rappresentanza"; e il quasi conforme art. 76 del progetto definitivo. *De iure condito*, un forte argomento a favore della nostra tesi è costituito dall'art. 82, n.º 1, in fine, del regolamento generale delle camere di commercio (R. D. 4 gennaio 1925, n.º 29), che suona: "Le denunce dei rappresentanti di commercio debbono contenere anche l'indicazione delle ditte rappresentate e per ciascuna di queste deve essere allegata la dichiarazione di rappresentanza della ditta con l'indicazione delle eventuali facoltà accordate per l'assunzione dei contratti e per l'incasso delle future ...".

Del resto, un certo potere di rappresentanza deve riconoscersi, secondo alcuni, (e non sembri una contraddizione in termini) anche agli agenti sforniti di tale potere (non alludiamo, così scrivendo, alla importantissima e non adeguatamente sfruttata disposizione del § 85 H. G. B., riprodotta negli artt. 79 e 74 dei progetti italiani). Infatti, secondo il § 86, cpv., H. G. B., le denunce per i vizi della merce possono essere validamente emesse nei confronti dell'agente (per l'agente viaggiatore cfr. i

Sembra a noi, d'altra parte, che questa estensione si raccomandi altresì per il fatto che, anche nell'ambito dei viaggiatori di commercio,

§ § 87 e 55), anche se questi non abbia il potere di concludere i contratti. L'ASCARELLI, *Appunti*, ecc., cit., p. 163, adotta la medesima soluzione anche per il diritto italiano vigente, sebbene da noi manchi la norma che fissi tale rappresentanza legale. *Contra VIVANTE*, op. cit., p. 311, n.º 290.

Dal fin qui detto risulta, se non erriamo, che non coglie nel segno nemmeno il NAVARRINI, op. cit. in *Dir. e prat. comm.*, p. 153, quando afferma che l'attività degli agenti "non arriva alla conclusione dei contratti a nome proprio o a nome altrui; si esaurisce colla loro preparazione". Così scrivendo, il NAVARRINI vuole non soltanto aderire alla già esposta distinzione del VIVANTE, ma vuole altresì differenziare nettamente l'agente dal commissionario, il quale conclude affari in nome proprio. La distinzione non ci sembra, invece, tanto piana, e noi non condividiamo quella considerazione del NAVARRINI, secondo la quale "l'agente di commercio, "proprio al contrario [del commissionario], tende a procurare una stabile clientela "alla casa, con la quale ha direttamente rapporto...". Ci sembra vero il contrario, invece, e cioè che l'agente tende a crearsi una sua clientela (per non rimanere sul lastrico una volta risolto il contratto d'agenzia), sia costituendo una propria agenzia, sia assumendo anche la veste di commissionario, escludendo la casa da ogni rapporto con terzi. Quest'ultimo fenomeno, particolarmente diffuso nei paesi germanici, anche per ragioni locali, è abilmente lumeggiato da ERICH MOLITOR, *Sul concetto dell'agente di commercio*, negli *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. IIº, Roma, 1931, pp. 37 e ss. (v. n.º 6, pp. 47 e ss.). Egli ricorda come fin dal 1908 il tribunale supremo del Reich dichiarasse che "secondo il sistema del moderno diritto commerciale, il contratto di "commissione e il contratto di agenzia non sono figure che si escludono (la stessa frase v. in STAUB-BONDI, op. cit., p. 531, nota 8 al § 84)". La pratica germanica ha elaborato in proposito la figura della *Kommissionagentur* o dell'*Agenturkommission*, che trova riscontro anche da noi, e sulla cui natura giuridica molto si discute.

(11) Stando così le cose, è chiaro che il termine "rappresentante di commercio", non è tanto improprio, quanto comunemente si afferma. Certo, "agente di commercio", è termine più esatto, in quanto ricomprende anche, ma non soltanto, quegli ausiliari, che non sono forniti di rappresentanza; ma anche esso non va esente da critiche, in quanto, generico com'è, può servire a designare varie categorie di persone, che, pur svolgendo una stessa attività economica, sono nettamente differenziate sotto l'aspetto giuridico (per quanto attiene all'*agent* inglese e alle sue sottospecie, se così si possono chiamare, *factor*, *broker* ecc., cfr. SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., pp. 54-7, § 16, ove il lettore troverà altri cenni di diritto comparato. Cfr. anche POPESCO-RAMNICEANO, *De la responsabilité personnelle de l' "agent", qui n'a pas qualifié sa signature* ecc. nel *Bull. de la société de législ. comparée*, 1930, pp. 314-8, il quale rinvia ad un suo ampio lavoro su la *Représentation dans les actes juridiques du droit comparé*, Paris, 1927, per più ampie nozioni su l'*agency*. Circa la *qualified signature* cfr. l'art. 371 c. co. it.)

Nella pratica, come è noto, il termine "rappresentante di commercio", è forse più usato dell'altro; si parla anche, sovente, di "agenzia di rappresentanze". No-

i quali hanno moltissimi punti di contatto con gli agenti, è possibile distinguere i viaggiatori forniti di rappresentanza (12) da quelli, che di tale potere sono privi (13). Nè mi sembra che colga nel segno il VIVANTE (loc. cit.), allorchè attribuisce soltanto a questi ultimi la qualifica di *agenti viaggiatori*. Anzitutto, anche i *commessi viaggiatori* (indubbiamente impiegati della casa o delle case che li impiegano) possono essere sforniti di rappresentanza: questo ci sembra risultare, se non dal codice, e da constatazioni pratiche, e da autorevoli affermazioni dottrinali (14); mentre, viceversa, anche i c. d. *agenti viag-*

tevole il fatto che in Germania, dove la legge, seguita, sia pure senza entusiasmo, dalla dottrina, adotta il termine *Handlungsagent*, la pratica, invece, resiste e continua ad usare l'espressione *Handelsvertreter*. L'unione nazionale si chiama *Zentralverband deutscher Handelsvertretervereine*, l'organo ufficiale *Deutsche Handelsvertreterzeitung*. Anche le leggi fiscali usano di frequente il termine *Handelsvertreter* (nello stesso senso v. in Italia il recente testo unico sulla tassa di scambio, R. D. L. 28 luglio 1930, n.º 1011, artt. 19-20. V. anche la legge sul contratto d'impiego privato, che più avanti ricorderemo. Per le nozioni riguardanti la Germania cfr. STAUB-BONDI, op. cit., pp. 527-8, § 84, nota 1).

Si ricordi, del resto, che, prima dell'introduzione del sistema corporativo, esisteva in Italia l'Unione nazionale viaggiatori e *rappresentanti* di commercio (U.N.V.E.R.).

(12) Cfr. VIVANTE, op. cit., p. 305, n.º 282.

(13) L'opinione dominante circa l'efficacia dei contratti da costoro conclusi con la clausola "salva approvazione della casa", è esposta dal VIVANTE, loc. cit., nota 2. *Contra*, con una curiosa interpretazione molto diffusa negli ambienti commerciali, LEVI DE VEALI, op. cit., pp. 46 e ss., n.º 17. V. RAMELLA, op. cit., p. 386, n.º 294, in fine.

(14) Un eventuale contraddittore potrebbe risponderci che le constatazioni pratiche a nulla varrebbero, giacchè i viaggiatori sforniti di rappresentanza dovrebbero considerarsi agenti viaggiatori e non commessi viaggiatori. Senonchè, a questo proposito, soccorre proprio lo stesso VIVANTE (loc. cit., nota 3) che, parlando di quelli, da lui indicati come *agenti* (e non commessi) viaggiatori, li definisce "commessi viaggiatori [che] non concludono gli affari, dacchè accettano le proposte dei clienti, salva l'approvazione della loro casa". La verità si è, dunque, che la distinzione fra commessi e agenti viaggiatori, così com'è stata posta dalla prevalente dottrina (che si basa sulla presenza o sull'assenza del potere di rappresentanza) non è certamente esatta. Sul tema cfr. ancora LEVI DE VEALI, op. cit., pp. 56-7, n.º 22.

La tesi da noi sostenuta è sapientemente difesa dal WIELAND, op. cit., pp. 380-1, testo, e, specialmente, nota 1 alla pagina 381 (dove il lettore troverà una ricca bibliografia sul tema). L'opinione ancora oggi dominante — che è appunto quella presso di noi accolta dal VIVANTE — perde sempre più terreno. Sintomatico il fatto che nell'ultima elaborazione (ad opera del BONDI) del commentario dello STAUB, cit., p. 315, nota 3 al § 55, detta opinione sia nettamente

giatori (che sono anch'essi dei veri e propri agenti di commercio viaggianti), possono, pur non essendo commessi, essere forniti di rappresentanza.

Per vero, i rapporti che intercorrono tra i c. d. rappresentanti di commercio ed i viaggiatori non sempre paiono a noi chiaramente delineati. Anzi, ci sembra di poter affermare con sicurezza che questa non ancora eliminata confusione abbia contribuito e contribuisca non poco, tuttora, a mantenere nell'ombra la vera figura giuridica del c. d. rappresentante; di modo che, individuata con precisione la posizione giuridica di quest'ultimo, non dovrebbe essere poi estremamente difficile tracciare uno schema delle varie categorie, schema che formuleremo appunto alla fine del presente scritto.

2. — L'agente di commercio è sempre un commerciante? è, invece, talora, un impiegato? Proponendosi queste domande un nostro valente commercialista, l'ASCARELLI, rispondeva, or è qualche anno (15), e rispondeva bene: "l'agente di commercio.... non è un impiegato: "l'una qualifica esclude l'altra. Accertato che ci troviamo di fronte ad "un agente di commercio, *il dubbio non è nemmeno più possibile* " [*optime*], perchè l'agente di commercio è tale perchè legato sì da un "rapporto stabile con il proprio principale, ma che non implica alcun "concetto di subordinazione; l'agente rimane praticamente e giuridicamente autonomo, tanto che *può [inesatto]* divenire egli stesso commerciante... Senonchè, lo stesso ASCARELLI nei suoi recenti *Appunti* (16) pare aver accentuata sia pure in maniera lieve, la inesattezza, da ultimo rilevata, della sua precedente opinione; il chiaro scrittore, infatti, non soltanto fa rientrare l'agente nel personale dell'azienda (17), ma implicitamente mostra di concedere (almeno in via dubitativa) che esso agente possa, in date ipotesi, considerarsi un non commerciante.

Il dubbio manifestato dal nostro valente studioso è un po' l'indice del dubbio che domina la dottrina e la giurisprudenza nostre.

respinta, e ciò in contrasto con le precedenti edizioni. Cfr. anche RAMELLA, op. cit., p. 386, n.º 294.

(15) Op. cit., in *Foro it.*, col. 518.

(16) Cit., pp. 104-5.

(17) Il che, da un punto di vista strettamente giuridico, non ci sembra esatto. Lo stesso ASCARELLI, parlando (p. 105) degli ausiliari che rientrano nel personale dell'azienda, riconosce che il caso dell'agente costituirebbe il caso-limite. Cfr. RAMELLA, op. cit., p. 400, n.º 303.

Quando l'ASCARELLI esponeva le sue prime considerazioni sul presente tema (1925), la questione trattata era quasi pacifica. [“La prima “massima della sentenza non offre materia di dubbio”, così cominciava quel primo scritto] e le decisioni della cessata commissione centrale per l'impiego privato si susseguivano identiche tutte, conferendo autorità ancora maggiore alla tesi di gran lunga dominante (18). Oggi la situazione è radicalmente mutata: le opinioni più discordi (alcune delle quali *ictu oculi* assurde) s'intrecciano l'una con l'altra e, in mezzo a questo vero e proprio caos, le decisioni della magistratura non sempre portano piena chiarezza, per quanto sia da approvarsi l'indirizzo prevalente della nostra giurisprudenza (19).

Crediamo di non andar errati affermando che lo stato attuale della questione dipende non solo dal fatto che con il generico termine di agenti di commercio si sono designate persone appartenenti a categorie giuridicamente disformi, ma dal fatto, altresì, che, per quanto ne riguarda, la formulazione della legge sull'impiego privato (13 nov. 1924, n.° 1825) non può ritenersi delle più felici. Ed, infatti, l'art. 10 di tale legge, determinando le indennità di licenziamento dovute (salvi gli usi più favorevoli) agli impiegati delle varie categorie, annovera fra gli impiegati della prima categoria (lett. A, n.° 1) “i rappresentanti a stipendio fisso o non esercenti “esclusivamente in proprio”. Intorno a questa frase, non certo felice, sono fiorite le dispute e v'è stato anzi chi ha sostenuto che, per qualificare o meno un c. d. rappresentante come un impiegato, si debba ricorrere a quei comuni criteri (e quali sono con assoluta precisione?), in base a cui si giudica dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto d'impiego. Con altre parole, per decidere se in una data fattispecie un agente debba, o meno, considerarsi impiegato, si dovrebbe prescindere dal citato art. 10, lett. A, per ricorrere esclu-

(18) Una delle ultime, se non addirittura l'ultima decisione emanata sul tema dalla commissione centrale è quella del 6 marzo 1929, riprodotta nel *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1929, p. 229, con nota di A. CATTANEO, su *La qualifica del rappresentante di commercio*.

(19) Citazioni sarebbero materialmente impossibili: bisognerebbe copiare interi repertori! Ci limitiamo, perciò, a rinviare il lettore ad una rassegna giurisprudenziale sul tema, pubblicata ne *Il diritto del lavoro*, 1930, 2, pp. 274 e ss.

sivamente all'art. 1 della legge (20). Come che sia, sta di fatto che l'art. 10 ci dà modo d'indicare fin da ora la fonte delle dispute dottrinali, della discordia che regna nella giurisprudenza. Gli è che sotto il nome di agenti o di rappresentanti di commercio la pratica ricomprende anche dei veri e propri impiegati, che la casa incarica di "produrre", affari; chè anzi, allo scopo di risparmiare le provvigioni, spesso notevoli, che pagar dovrebbero ai veri e propri agenti, esse case sovente sostituiscono loro degli impiegati, che, quando dirigano una filiale ed abbiano poteri di rappresentanza, debbono senza dubbio considerarsi degli institori. Si assiste, insomma, a questo curioso fenomeno: gli agenti di commercio, storicamente usciti dalle file degli impiegati (21), sono oggi assai spesso costretti a rientrarvi.

Senonchè, accanto a questi, che chiamar vorremmo agenti-impiegati, esistono i veri e propri agenti di commercio. Come si distinguono questi ultimi dai primi, posto che le funzioni esercitate sono le medesime? posto che un certo qual vincolo di dipendenza (sia pure rivolto in diversa direzione) sussiste anche a carico dei secondi?

Anzitutto è facile rispondere, anche prescindendo dall'art. 10, che non può essere agente-impiegato colui che gestisce in proprio una di quelle che comunemente si chiamano "agenzie di rappresentanze". In tal caso l'agente di commercio è senza dubbio un commerciante e di questo ha tutti gli obblighi, che qui non è il caso di ricordare (22); in particolare, avrà l'obbligo di iscriversi presso il consiglio provinciale dell'economia corporativa, a' sensi dell'art. 82 del R. D. 4 gennaio 1925 (n.º 1, in fine).

3. — Giunti a questo punto, possiamo domandarci per quale motivo venga attribuita presso di noi veste di commerciante all'agente di commercio, *almeno in determinate ipotesi*. Si può dire

(20) Così, esplicitamente, CATTANEO, op. cit., p. 230. Si taccia, insomma, di superfluità la norma, che non è certo felice, per quanto riguarda la sua redazione. Cfr. anche PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, Milano, 1925, p. 185.

(21) V. MÜLLER-ERZBACH, op. cit., p. 149. Per ulteriori nozioni storiche cfr. SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., pp. 48-51, § 14.

(22) Cfr. VIVANTE, op. cit., pp. 310-11, n.º 289.

che quasi tutta la dottrina nostra, e ci rimettiamo per tutti al suo capo autorevole, al VIVANTE (loc. cit.), affermi che ciò dipende dal fatto che esso agente tiene un'agenzia d'affari; fa ricorso, cioè, al concetto d'impresa (variamente delineato, come ricorderemo) e al n.º 21 dell'art. 3, cod. comm., a mente del quale "la legge reputa atti di commercio..... le imprese di commissioni, di agenzie e di uffici d'affari „. Noi riteniamo francamente che questo ricorso non sia esatto (23) e che il suo impiego importi delle gravi incongruenze. Ci corre l'obbligo di provare e l'una e l'altra delle nostre affermazioni.

Si deve, anzitutto, rilevare che fra i termini *agente di commercio* e *agenzia d'affari* sussiste una omonimia (o quasi) estremamente pericolosa. È chiaro, infatti, che l'agenzia dell'agente di commercio, ossia quella, che è comunemente chiamata *agenzia di rappresentanze*, non corrisponde affatto a quelle *agenzie d'affari*, UNICAMENTE contemplate dal n.º 21 dell'art. 3. Ciò è tanto vero che, quando il VIVANTE commenta il n.º 21 cit. (24), porta come esempi di agenzie d'affari vere e proprie quelle per la vendita o la locazione di case o di terreni, quelle per il collocamento d'impiegati e domestici e

(23) Già il SUPINO, *Se abbiano qualità di commerciante i rappresentanti di commercio*, in *Dir. comm.*, 1917, 2, pp. 194-5, aveva rettamente escluso che alla questione potesse applicarsi il n.º 21 dell'art. 3; ma, anzichè ricercare se, per avventura, un altro degli atti elencati dall'art. 3 potesse ritenersi compiuto per professione abituale dal c. d. rappresentante, egli aveva dalla mentovata esclusione dedotto che, in via di massima, *non si doveva attribuire veste di commerciante al c. d. rappresentante*. Costui acquisterebbe tale qualifica soltanto ove fosse titolare di un'impresa. In tal modo il SUPINO viene ad aderire alla rimanente dottrina, che più oltre criticheremo. Ergo, l'esclusione del n.º 21 dell'art. 3 da parte del SUPINO è — come l'a. stesso riconosce — semplicemente formale: esclusa l'impresa (senza dubbio contemplata nel n.º 21), si ricade... nell'impresa! Noi, invece, scartato il n.º 21, cercheremo di risolvere la questione prescindendo in modo assoluto dal concetto d'impresa.

D'altro canto, erra manifestamente il citato a. quando sostiene che "ciò che... "esclude nel rappresentante il carattere di commerciante è propriamente il legame "verso la casa o le case per le quali contratta „. Chiaro è che un *legame* vincola *qualsiasi* contraente e che *legame* è ben diverso da *subordinazione*, come diremo meglio più avanti.

(24) Op. cit., pp. 112 e ss., nn. 80 e ss. Anche il RAMELLA, op. cit., pp. 398 e ss., n.º 303, ha il torto di parificare agenti di commercio e agenti d'affari. V., però, la sua ammissione alla p. 404, n.º 305, in fine.

così via (25), senza mai far menzione delle c. d. agenzie di rappresentanze. Anzi, osservando giustamente che molto spesso le apparenti *officina contractuum* si tramutano in *officina vitiorum*, egli ricorda che il loro esercizio è soggetto ad una sorveglianza speciale delle pubbliche autorità (cfr. l'art. 665 del nuovo cod. pen.; l'art. 115 della nuova legge di P. S. [R. D. 18 giugno 1931, n.° 773]) (26), sorveglianza, che certo nessuno pensa per ora di estendere alle c. d. agenzie di rappresentanze. Tutto ciò basterebbe già a conferire colore di verità alla prima affermazione, di cui, però, noi desideriamo dimostrare a pieno la fondatezza.

L'agente d'affari vero e proprio è un individuo, la cui opera è a disposizione di tutto il pubblico, *tanto degli offerenti, quanto dei richiedenti*: ogni proprietario di casa, che voglia dare in affitto un appartamento, può portare la sua offerta all'agente di locazioni, presso il quale si può recare altresì ogni persona, che desideri prendere in affitto un appartamento. Compito dell'agente d'affari è quello di ricevere (per poi comunicare agli interessati) e le domande e le offerte, senza restringere la sua attività a pro' di questa o di quelle determinate persone.

La situazione dell'agente di commercio (p. es. dell'agente per vendere) è del tutto diversa: se illimitato può considerarsi il campo dei compratori, non è affatto vero che illimitato sia il campo di coloro, che vogliono vendere per il suo tramite (questo tanto più ove si ammetta che l'agente non possa rappresentare case concorrenti). *L'agente di commercio, il "rappresentante", delle case A, B, C, non lavora, COME TALE, se non per le case A, B, C, alle quali esso è legato dal contratto di agenzia* (27); contratto di agenzia che manca (ciò è indubbio) quando ci si rivolga *caso per caso* a questa o a quella agenzia d'affari. Per esprimere con altre parole il nostro

(25) Op. cit., p. 113, n.° 82.

(26) Per altre indicazioni specifiche cfr. ancora VIVANTE, op. cit., p. 114, nota 5.

(27) Esattissimo quanto scrive a questo proposito lo SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., p. 37, nota 9: "Quando un agente di commercio nell'esercizio professionale della sua attività produca occasionalmente affari per un'impresa estranea, secondo WÜSTENDORFFER gli si dovrebbero senza dubbio applicare *tutte* le regole del contratto d'agenzia. Manca, però, ogni fondamento per l'applicazione di quelle norme, che non poggiano sulla stabilità del rapporto „

concetto, diremo che l'agente di affari, di cui al n.º 21 dell'art. 3, è un agente meramente *occasionale*; mentre l'agente di commercio vero e proprio è un agente *stabile, continuativo* (28). Ancora: l'agente d'affari è del tutto indipendente, sia nei riguardi degli offerenti, sia nei riguardi dei richiedenti (29); l'agente di commercio, invece, è vincolato, sia pure in maniera relativa, alle case da cui dipende, chè i suoi obblighi non si esauriscono nel compito di procurare affari (30), ma si estendono, p. es., fino al punto da dover tenere informata la casa delle condizioni generali della piazza, di quelle particolari dei clienti, dell'attività della concorrenza e così via (31). Nè si dica che il criterio della stabilità o della occasionalità non può essere assunto quale criterio discriminante, come quello che è privo di veste giuridica: non bisogna dimenticare, infatti, che la stabilità dipende normalmente dal contratto di agenzia, che lega l'agente alla casa "rappresentata", che ne regola i rapporti reciproci in vista del futuro; contratto d'agenzia, che non esiste nei confronti di un agente d'affari, con il quale si entra in rapporti occasionali, da esaurirsi volta per volta (32).

(28) Gran parte della dottrina tedesca distingue nettamente il *Handlungsagent*, legato al *Geschäftsherr* da un rapporto stabile (§ 84), dal *Gelegenheitsagent* (agente occasionale, agente d'affari), che essa considera un semplice mediatore. V. STAUB-BONDI, op. cit., pp. 530-1, § 84, nota 7, y, che mettono ottimamente in luce le conseguenze relative all'interpretazione analogica dei §§ 84 e ss. Cfr. anche SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., pp. 63-4. Del resto, anche l'art. 70 del nostro progetto definitivo (cfr. l'art. 78, 1º comma, del prog. prel.) chiama agente di commercio "chi è incaricato *stabilmente* da una o più ditte, italiane o straniere, di promuovere la conclusione di contratti in una determinata zona".

(29) È chiaro che questi termini sono usati in senso economico e non in senso giuridico.

(30) Quest'obbligo è assai più tenue per quanto riguarda l'agente d'affari, il quale, ad es., non ha sempre il compito di andar cercando egli le contropartite. Saranno queste, che, eventualmente, si rivolgeranno a lui. L'agenzia d'affari è prevalentemente un recapito; l'agenzia di rappresentanze no.

(31) Cfr. VIVANTE, op. cit., p. 311, n.º 290; art. 81 del prog. prel.; art. 72 del prog. def.; § 84 del H. G. B.

(32) Piace a questo proposito ricordare che il § 93 del H.G.B. chiama mediatore in affari commerciali (e tale è considerato dalla dottrina tedesca l'agente d'affari) "colui che si assume di promuovere la conclusione di contratti per conto di altre persone, senza aver ricevuto da loro, a tal fine, un incarico stabile, fondato sopra un rapporto contrattuale".

Ci sembra, dunque, di aver dimostrato che l'agente di commercio va tenuto nettamente distinto dall'agente d'affari (ciò che non sarebbe stato difficile provare anche in base alla sola lettera dell'art. 3, n.º 21). Ne consegue, perciò, che non coglie nel segno la dottrina nostra allorchè, nelle ipotesi in cui attribuisce veste di commerciante all'agente di commercio, si fonda appunto sul n.º 21 dell'art. 3; ciò che risulterà confermato ove si ponga mente alle conseguenze che sorgono dal qui avversato ravvicinamento; conseguenze, che preferiamo lumeggiare sin da ora, prima d'iniziare la parte ricostruttiva del nostro studio.

4. — Anzitutto si deve notare che la nostra prevalente dottrina non afferma che l'agente di commercio sia *sempre* un commerciante, anche dopo aver eliminata l'ipotesi dell'agente-impiegato (33). Essa afferma soltanto che l'agente di commercio *può* divenire un commerciante e che tale egli deve considerarsi soltanto quando abbia una propria agenzia. Partendo da tale premessa, si va incontro ad una domanda, cui non è sempre facile rispondere; si va incontro ad un corollario *prima facie* inaccettabile.

La domanda è la seguente: *quando può dirsi che l'agente di commercio abbia una vera e propria agenzia, a' sensi del n.º 21 dell'art. 3?*

Il corollario inaccettabile è il seguente: *fra gli agenti di commercio impiegati e gli agenti di commercio commercianti (perchè forniti di una propria agenzia) esiste una terza categoria: quella degli agenti di commercio che non sono nè impiegati (perchè non subordinati ad alcuna casa), nè commercianti (perchè sforniti di agenzia), ma semplici..... professionisti!*

Cominciamo con l'esaminare il quesito, che sorge dalla premessa posta dalla dottrina dominante. Questa, partendo dall'altro presupposto, accettato dai più, che l'impresa sia costituita dall'organizzazione del lavoro altrui, viene ad ammettere che, in tanto l'agente assuma veste di commerciante, in quanto egli abbia una propria

(33) Va da sè che l'ipotesi dell'agente-impiegato è fuor di questione. Questi non è mai un commerciante. Si consideri a tal proposito quanto, su le orme dei commentatori tedeschi, scrive il RAMELLA, op. cit., p. 403, n.º 305.

agenzia con propri impiegati e con adeguata organizzazione; per modo che l'agente, il quale sbrighasse da solo tutte le sue incombenze, dovrebbe, non essendo nemmeno impiegato, venir considerato come un..... *professionista*, e non come un commerciante (34). Si verrebbe, così ragionando, a separare i *piccoli* dai *grandi* agenti di commercio, introducendo una distinzione assolutamente arbitraria (35).

Purtroppo il procedimento da noi criticato, e cioè *il ricorso al concetto d'impresa* per delineare la veste giuridica dell'agente (e la concezione dell'impresa come organizzazione del lavoro altrui), fece presa, a suo tempo, anche sui nostri organi corporativi. Ed, infatti, il ministro delle corporazioni, con lettera 23 novembre 1926, così rispose a suo tempo la spinosa questione dell'inquadramento degli agenti, rappresentanti di commercio (36):

“ Gli agenti-rappresentanti di commercio, in quanto esercitano
“ la loro attività di rappresentanza mediante un'azienda ed ufficio
“ propri, costituiti in modo del tutto autonomo dalla ditta rappre-
“ sentata e con un'adeguata organizzazione amministrativa, sono da
“ inquadrare in separate associazioni, obbligatoriamente aderenti alla
“ confederazione nazionale fascista dei commercianti.

(34) Così, esplicitamente, un portavoce dei “rappresentanti”, il LEVI DE VEALI, op. cit., pp. 208 e ss. È facile rispondere che ogni commerciante è un professionista e, una volta provato (come proveremo, senza bisogno di ricorrere al concetto d'impresa) che l'agente di commercio compie per professione abituale atti di commercio, una sola potrà essere la conseguenza: che l'agente di commercio è sempre commerciante. Contrario alla concezione del LEVI DE VEALI (che ha soltanto il torto di esporre in chiare lettere il corollario, cui *deve* pervenirsi accogliendo le premesse della dottrina) un altro pratico, il DURANTE, *Manuale ad uso dei rappresentanti di commercio e delle case rappresentate*, 2^a ed., Padova, 1925, pp. 46-55, il quale molto opportunamente si riferisce all'art. 3 cod. comm. (che, però, deve essere integrato con la norma che indicheremo nel testo), mentre ha il torto di richiamare anche, “per compiutezza di dimostrazione”, il n.º 21 dell'articolo 3 (pp. 55 e ss.).

(35) Questa distinzione è giustamente criticata dal MOLITOR, op. cit., p. 42 secondo il quale “ciò che vale per i più grandi dovrà ammettersi anche per i più piccoli, se si vorrà fissare un tipo giuridico unitario”. V. anche RAMELLA, op. cit., p. 403, n.º 305, il quale, però, ha il torto di partire da premesse scorrette, così come, del resto, anche il MOLITOR, il quale si riferisce egli pure al n.º 21, dell'art. 3 quando parla di gestione di una agenzia.

(36) Tale lettera è riprodotta ne *Il diritto del lavoro*, 1927, p. 130.

“ È ovvio che l'esercizio dell'attività di rappresentanza (esclusivamente per conto proprio)..... richiede, per necessità logica, l'esistenza concreta di una organizzazione propria e autonoma, attraverso la quale si esplica la funzione del rappresentante.

“ *Per evitare le difficoltà pratiche di applicazione, potrà ritenersi che l'ufficio sia amministrativamente organizzato quando siano assunti dal rappresentante, al proprio servizio, almeno cinque dipendenti.*

“ In ogni altro caso l'agente-rappresentante di commercio dovrà inquadarsi nella confederazione nazionale dei sindacati fascisti, a meno che rivesta eventualmente la qualità di istitutore o di impiegato munito di procura, ovvero debba per legge equipararsi all'istitutore, sia, cioè, rappresentante nel regno di case commerciali o di società commerciali estere (37).”

Non errava certamente l'anonimo annotatore di quella rivista, nella quale noi abbiamo vista riprodotta la lettera su mentovata, allorchè (38) ammetteva che i criterî interpretativi ora esposti potevano apparire *rozzi*; e nemmeno aveva torto quando soggiungeva che “ non può certo l'applicazione della legge sindacale, ai fini dell'inquadramento relativo, affidarsi ai soliti criterî discretivi che i giuristi adoperano per distinguere, p. es., i rappresentanti impiegati e quelli non tali „. Il male si era, però, che anche gl'interpreti della legge sindacale, prima di ravvisare nell'agente di commercio un vero e proprio commerciante, volevano accertare anch'essi l'esistenza di un'impresa e, rifacendosi al criterio comunemente accolto dalla dottrina, secondo il quale essa impresa sussisterebbe solo quando vi fosse l'organizzazione del lavoro altrui, ravvisavano tale organizzazione solo quando l'agente avesse avuto almeno cinque dipendenti!

Prima di proceder oltre dobbiamo notare che, pur ricorrendo al n.° 21 dell'art. 3, questo metodo non avrebbe portato alle assurde

(37) Questa lettera valse come interpretazione degli artt. 5 e 34 del R. D. 1° luglio 1926, n.° 1130, che qui non illustriamo, perchè superati da recentissime disposizioni, che più avanti esamineremo. Si noti che il criterio dell'impresa domina ancor oggi nella giurisprudenza. Si legga, infatti, la recentissima sentenza della cassazione, 28 aprile 1931, *Mon. Trib.*, 1931, p. 573.

(38) P. 130.

conseguenze ora rilevate ove si fosse tenuto presente quel particolare concetto d'impresa, tanto acutamente elaborato dall'ARCANGELI in relazione anche al citato n.° 21. Osserva giustamente l'illustre scrittore (39) non potersi, in certi casi, richiedere che la natura commerciale dell'impresa abbia a dipendere dalla presenza di un organismo economico, che unisca armonicamente capitale e lavoro. Anche l'opera di un solo commissionario, che attenda, senza l'aiuto di alcun dipendente, al disbrigo delle commissioni che gli vengono impartite dai suoi clienti, dev'essere considerata come impresa di commissioni (40); per modo che, adottando tale concetto, l'agente

(39) *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 52-3, seguito da A. SCIALOJA, *Sul concetto d'impresa come atto obbiettivo di commercio*, nei *Saggi di vario diritto*, vol. I°, Roma 1927, pp. 329-30, n.° 1. Per la bibliografia sul concetto d'impresa rimandiamo ai due scritti ora citati nonchè ad una recente, breve nota dell'ASCARELLI sull'acquisto della qualità di commerciante da parte dell'artigiano (*Foro it.*, 1931, I, col. 417).

(40) L'ARCANGELI (p. 52) ammette che del principio da lui illustrato si abbia un riflesso nell'opinione, che egli dice poco corretta, di quegli scrittori, i quali vorrebbero, superando la lettera della legge, considerare di natura commerciale anche un solo affare di commissione. Così, in prima linea, il BOLAFFIO, *Commento* (Utet), vol. I°, 5ª ed., 1925, pp. 348-9 n.° 73 [nonchè gli altri scrittori ricordati dal Rocco, *Principi*, ecc., cit., p. 193, nota 3], il quale si basa sui lavori preparatori, nonchè su di un argomento d'indubbia importanza: se la legge ritiene commerciale anche una sola operazione di mediazione in affari di commercio (art. 3, n.° 22), non si sa comprendere perchè al n.° 21 non abbia ugualmente parlato di operazioni, anzichè di impresa di commissioni. Quest'argomento (in una con gli altri aggiunti dal BOLAFFIO) ha senza dubbio il suo peso, ma soprattutto, come vedremo, *de iure condendo*. *De iure condito* è impossibile superare la lettera della legge fino al punto da considerare non scritta nel n.° 21 la parola impresa.

L'ARCANGELI tende appunto a differenziare la sua impostazione da quella del BOLAFFIO quando scrive (loc. cit.) che "il legislatore intese appieno come rientrasse nella materia commerciale l'opera del libraio, che è vero intermediario "nella circolazione del libro; intese com'è commerciale, per accessorietà, l'opera "del commissionario o di chi tiene un'agenzia, un ufficio d'affari; ma non volle "(nè qui è il momento d'indagare se operò bene o male) stabilire la commercialità di ogni singola operazione del commercio librario, di ogni singolo affare "di commissione; richiese qualche cosa di più: la intenzione di esercitare quelle "operazioni in modo stabile e continuativo, resa esternamente riconoscibile da "atti che servano a preparare o che attuino addirittura quell'esercizio (Conforme A. SCIALOJA, op. cit., p. 331) ».

La mirabile intuizione dell'ARCANGELI, secondo il quale anche l'intenzione può servire come criterio per attribuire a certi atti carattere commerciale (e potremmo

di commercio, che sbrighasse da solo le sue mansioni, dovrebbe anch'esso considerarsi il titolare di un'impresa (41), sempre che egli avesse l'intenzione di esercitare le sue operazioni in modo stabile e continuativo, intenzione resa esternamente riconoscibile da atti, che servano a preparare o che attuino addirittura quell'esercizio (42).

Senonchè, a noi non pare che il suggestivo concetto dell'ARCANGELI possa trovare utile applicazione nel tema, che presentemente c'interessa. Non bisogna dimenticare, infatti, che detto concetto non era stato per nulla elaborato in rapporto ai c. d. rappresentanti, ma (fra l'altro) in rapporto agli agenti d'affari, i quali — come abbiamo dimostrato dianzi — costituiscono una categoria del tutto differente. Tanto differente che, mentre l'agente d'affari ha sempre un *recapito fisso* (43), l'agente di commercio, invece, può esserne privo. Oltre a ciò bisogna notare che, se la tesi dell'ARCANGELI rappresenta senza dubbio il migliore espediente per conciliare la lettera della nostra legge con le necessità della pratica, essa è, per così dire, in funzione delle norme positive attuali, tanto infelicemente redatte. Le osserva-

parlare, allora, di commercialità dipendente dai motivi dell'operazione, come fa ora l'ASCARELLI, *Appunti*, ecc., cit., pp. 37 e ss.) è stata solo di recente inquadrata dalla dottrina nella teoria generale degli atti di commercio. Cfr. ASCARELLI, loc. cit., e, prima di lui (i due scrittori sono arrivati, però, allo stesso risultato indipendentemente l'uno dall'altro), JOSSEMERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, pp. 392 e ss.

Per quanto attiene al nostro studio, bisogna ricordare che l'ARCANGELI differenzia nettamente (p. 53) il concetto d'impresa, da lui delineato in rapporto ai nn. 10 e 21 dell'art. 3, dall'opinione di quegli scrittori — in prevalenza francesi — che definiscono l'impresa come l'esercizio professionale di determinati atti di commercio (per citazioni cfr. la nota a p. 50). Con altre parole, l'impresa di commissioni, di agenzia d'affari ecc. può esser già sorta, sebbene non vi sia ancora quell'esercizio professionale ed abituale di un atto di commercio, che faccia del commissionario, dell'agente d'affari ecc. un vero commerciante. Insomma, l'impresa esiste, ma il suo titolare non è senz'altro un commerciante (così anche A. SCIALOJA, op. cit., p. 332, che richiama la conforme opinione del MANARA). L'adozione del concetto dell'ARCANGELI dovrebbe fugare i dubbi affacciati dal BOLAFFIO, op. cit., p. 349, n.° 73, in fine.

(41) Di un'impresa impropria, come la chiama A. SCIALOJA, op. cit., p. 330, n.° 2.

(42) Si veda la nota 40.

(43) Così BOLAFFIO, op. cit., vol. II°, p. 19. Bisogna aver presente che la legge parla di *agenzie*, e non di agenti d'affari.

zioni del BOLAFFIO, già precedentemente esposte in nota (44), anche se non decisive *de iure condito*, sono esatissime *de iure condendo*: se la legge ritiene commerciale anche una sola operazione di mediazione per affari di commercio (art. 3, n.° 22), non si sa comprendere perchè mai essa abbia parlato al n.° 21 dello stesso articolo di una *impresa* di commissioni ecc., anzichè di *operazioni* di commissioni ecc. Secondo noi, adunque, molto opportuna appare la modificazione introdotta dal progetto definitivo, che, all'art. 3, nn. 9 e 10 (detti numeri sostituiscono gli attuali 21 e 22) dispone: " Sono atti di commercio:..... n.° 9: le operazioni delle agenzie d'affari, d'informazioni e di pubblicità - n.° 10: le operazioni di mediazione in affari commerciali (45) „; il che dimostra come il nuovo legislatore abbia ritenuto che, per la commercialità di dette operazioni, si possa fare a meno del concetto d'impresa (46). Questa constatazione — sia pure decisiva soltanto *de iure condendo* — ci conforta a tener ferma la nostra opinione, la cui esattezza cercheremo di provare nel paragrafo successivo: per rilevare, o meno, la qualifica di commerciante nell'agente, non bisogna ricorrere al n.° 21 dell'art. 3; non bisogna ricorrere al concetto d'impresa. L'adozione di questo criterio può portare a conseguenze assurde, ove si segua in tutto e per tutto la dottrina dominante; fa sorgere, cioè, accanto alle due classi di agenti-impiegati e di agenti commercianti (perchè imprenditori), una terza classe, quella degli agenti.... professionisti, che non sarebbero nè

(44) Vedi ancora la nota 40.

(45) Naturalmente, le menzioni contenute nell'art. 3 hanno carattere esemplificativo. Ciò spieghi (anche in relazione al cpv. dell'articolo citato: " Sono parimenti atti di commercio le operazioni ausiliarie connesse alle precedenti „) perchè si taccia del mandato e della commissione in affari commerciali. V. la relazione, p. 18.

(46) Cfr. la relazione, p. 17: " Non si sono menzionate le imprese librarie, perchè è sembrato che il commercio librario rientri normalmente nell'ipotesi prevista al n.° 1 „; p. 18: " Il n.° 9 (n.° 21, art. 3, cod. vig.) rappresenta un completamento del precedente n.° 8, contemplando le operazioni delle agenzie d'affari, d'informazioni e, si aggiunge, di pubblicità, agenzie, le quali potrebbero forse rientrare nel concetto generale d'impresa, ma che, per le loro proporzioni e la loro struttura, hanno un'individualità ben distinta „. Il prog. def. sopprime, insomma, le c. d. imprese improprie, e questa soppressione rappresenta, secondo noi, il vero successo della tesi dell'ARCANGELI, il quale per primo aveva dimostrato che nei loro riguardi era assurdo pretendere i requisiti economico-giuridici richiesti per tutte le altre imprese. Cfr. A. SCIALOJA, op. cit., p. 342.

carne, nè pesce (47). Ove poi si applicasse al problema (nonostante il silenzio del suo creatore) la particolare concezione dell'ARCANGELI, si eviterebbero sì i corollari assurdi, ma non si approderebbe a nulla per quanto attiene alla qualifica giuridica dell'agente, titolare dell'impresa. Ed, infatti, com'è pacifico, la mera esistenza di un'impresa non basta a conferire al suo titolare la qualifica di commerciante: *il titolare diverrà commerciante in quanto gestisca l'impresa per professione abituale*, chè la regola generale dell'art. 8 non tollera deviazioni. E allora, stando così le cose, *ove si riesca a dimostrare che l'agente di commercio compie per professione abituale un atto di commercio che non sia l'impresa, risulterà altresì dimostrato che vano, anzi dannoso è il ricorso al concetto d'impresa effettuato dalla dottrina nostra dominante; resterà, cioè, provato per altra via che il richiamo del n.º 21 deve considerarsi privo di consistenza.*

5. — Crediamo opportuno formulare senz'altro la nostra tesi: *l'agente di commercio è commerciante in quanto compie per professione abituale operazioni di mediazione in affari commerciali, a' sensi del n.º 22 dell'art. 3.*

Preveniamo subito un'obiezione, che, altrimenti, verrebbe senza altro sollevata contro di noi: non si può ricorrere al n.º 22 dell'art. 3 — dirà qualcuno — *perchè l'agente di commercio è una figura giuridicamente diversa dal mediatore.* Ed, infatti, il VIVANTE (48) nota che gli agenti differiscono dai mediatori perchè spiegano stabilmente la loro attività a servizio di un commerciante; perchè hanno diritto alla provvigione non solo per gli affari che concludono, ma per tutti quelli che il commerciante compie anche direttamente nel territorio per cui ebbero l'esclusiva; perchè il mediatore riceve di regola la provvigione da entrambe le parti, mentre l'agente la riceve soltanto dal suo principale. Qualcuno potrebbe aggiungere, ora anche con l'ASCARELLI (49),

(47) Appunto partendo dalla premessa da noi criticata il BOLAFFIO, op. cit., vol. IIº, p. 20, arriva a scrivere esplicitamente: «È... fuor di dubbio che il rappresentante di commercio, *come tale*, non può fallire, *perchè non è commerciante*...». Esso diverrebbe tale soltanto nell'ipotesi, in cui fosse titolare di un'impresa, a' sensi dell'art. 3, n.º 21.

(48) Op. cit., p. 310, n.º 233.

(49) *Appunti*, ecc., cit., pp. 107-8. Ci sembra opportuno ricordare qui la vivace nota del MOSSA, *Mediazione in affari civili*, nell'*Annuario di dir. comparato* ecc., voll. IV-Vº (1931), parte IIIª, p. 153.

che il mediatore, non solo non è legato da alcun rapporto stabile e continuativo, ma che, anzi, esso non è legato da vincolo di sorta; che esso può rimanere inattivo e, in questo caso, non acquisterà il diritto alla provvigione, il quale è appunto subordinato al fatto che la sua attività determini la conclusione del contratto principale; ma che, con tutto ciò, esso mediatore non verrà meno, anche in quest'ipotesi, a nessun obbligo suo, non sarà tenuto a verun risarcimento di danni. " Son queste — conclude l'ASCARELLI (50) — delle caratteristiche più che sufficienti per individuare il mediatore rispetto all'agente di commercio, che è, invece, obbligato a spendere la propria attività, in una maniera stabile, a favore di una o più case, alle quali è legato da un rapporto continuativo .. Anche senza pronunciarsi a tal proposito, altre note differenziali potrebbero rilevarsi: portando a compimento il pensiero dell'ASCARELLI, si potrà dire che soltanto l'agente di commercio è obbligato a fornire alla casa le informazioni che possono esserle utili, non già il mediatore, chè il contratto di mediazione è ora anche da lui considerato non come una *locatio-conductio operis*, ma come una semplice *conductio operis*, in cui solo obbligato è colui che dà l'incarico (51); mentre il mediatore ha diritto di riscuotere la provvigione ad affare concluso (52), l'agente di commercio potrà riscuoterla solo quando l'affare sia andato a buon fine (53). Nè crediamo di aver esaurita con queste aggiunte l'enumerazione di tutte le caratteristiche differenziali: forse si potrebbe continuare, ma noi, con tutto ciò, preferiamo abbandonare questa via, giacchè, secondo il nostro parere, tutte le differenze risalgono a questa sola ed unica: *soltanto l'agente di commercio è legato da un rapporto stabile e continuativo* (54). Appunto in ragione della stabilità del suo incarico

(50) Op. cit., p. 108.

(51) ASCARELLI, loc. cit.

(52) Art. 32 cod. comm.; § 652 B.G.B.

(53) § 88 H.G.B.; VIVANTE, op. cit., p. 314, n.º 297; art. 84 prog. prel.; art. 73 prog. def., rispetto al quale cfr. FRE', *Gli agenti di commercio nel progetto per il nuovo codice*, in Riv. dir. comm., 1928, I, p. 41.

(54) Sembra a noi che il codice di commercio tedesco metta ottimamente in luce questa caratteristica differenziale tra agente e mediatore. V. retro, n.º 3, testo e nota 32. È conforme al testo, quindi, la dottrina tedesca: cfr. STAUB-BONDI, op. cit., p. 530 (In der Ständigkeit liegt der Unterschied vom Mäkler); DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., p. 672, nota 9. Un accurato esame della questione v. in SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., pp. 35 e ss., e autori ivi citati.

l'agente è obbligato alle prestazioni accessorie; appunto in ragione di tale stabilità la provvigione gli viene pagata soltanto se l'affare sia giunto a buon fine (55); appunto per questo stesso motivo egli è obbligato a spendere la sua attività in pro' della casa rappresentata, e così via. Crediamo, anzi, che molte di queste pretese differenze potrebbero annullarsi: ad es., forse che il mediatore si tramuta in agente di commercio ove egli accetti che la provvigione gli venga pagata soltanto dopo l'esecuzione del contratto? No, certo! Noi, però non vogliamo seguire questa strada e, pur riserbando un'ulteriore esame, partiamo qui dal presupposto della dottrina che l'agente di commercio sia una figura nettamente distinta da quella del mediatore. *Quid iuris?* Forse che per stabilire la qualifica di commerciante nell'agente non si potrà più ricorrere al n.° 22 dell'art. 3?

La risposta non ci sembra dubbia: anche ammettendo che l'agente di commercio non sia [soltanto] un mediatore, si deve però riconoscere che esso agente compie delle operazioni di mediazione in affari commerciali (le quali, anzi, esauriscono gran parte della sua attività) e che, in seguito all'indubbio, abituale esercizio professionale di queste operazioni, egli diviene commerciante (56). Inutile, quindi, ricorrere al concetto d'impresa e al n.° 21: il ricorso al n.° 22 è più che sufficiente ai fini della dimostrazione. Ciò è tanto

(55) Giustissima l'osservazione dello SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., p. 36: "Se, nel caso del mediatore, il diritto alla provvigione è condizionato alla conclusione, e non alla esecuzione del negozio, si deve inferirne che questa norma è apparsa equa al legislatore nel caso di intermediazione occasionale.... Si è invece subordinato il diritto alla provvigione, a favore degli agenti di commercio, all'esecuzione del negozio, perchè tale regola era ormai insita, per forza di consuetudine, nei particolari rapporti giuridici stretti con gli agenti di commercio medesimi. Tale regola si giustifica pensando che gli agenti spendono stabilmente la loro attività a favore di un'azienda; nè essa potrà sembrare iniqua, quando si pensi alla molteplicità di affari prodotti dall'agente „

(56) Non chiara ci sembra, a questo proposito, la posizione del Rocco. Egli afferma (*Principi*, ecc., cit., p. 297) che le operazioni di mediazione in affari commerciali devono ascrivarsi alla categoria degli atti commerciali per connessione (e sta bene). Egli aggiunge (p. 259, n.° 1) che il compimento abituale di atti commerciali per connessione non basta a conferire a chi li effettua la veste di commerciante. La conclusione che noi dovremmo trarre dalle premesse ora ripetute sarebbe la seguente: il mediatore in affari commerciali non è commerciante. Possibile?

vero che il VIVANTE, il quale aveva incominciato il § 289 del suo *Trattato* scrivendo che “ l'agente di commercio può considerarsi “ quando lavora per parecchie case (57) *come un commerciante, perchè tiene un'agenzia o un ufficio d'affari* „ afferma alla fine dello stesso paragrafo: “ *Se è commerciante il mediatore (art. 3, n.º 22), a maggior ragione lo deve essere l'agente, che esercita un ufficio analogo d'intermediario e per giunta con un esercizio continuo e autonomo* „ (57 bis). Ove si fosse adottato senz'altro quest'ultimo criterio, sagacemente intuito dal VIVANTE (il quale, però, aveva avuto il torto di abbandonarlo non appena formulato), anzichè ricorrere al concetto d'impresa, tutte le difficoltà teoriche sarebbero sparite d'incanto e quelle pratiche sarebbero state notevolmente attenuate. Per esempio, nessun documento ufficiale sarebbe venuto a dirci che, per considerare commerciante un agente, bisognava che egli avesse almeno cinque (si badi bene: *cinque!*) dipendenti.

Si abbandoni, dunque, il concetto d'impresa e si dica risolutamente che l'agente di commercio è commerciante giacchè compie per professione abituale operazioni di mediazione in affari commerciali (art. 3, n.º 22). Si eliminerà così quel *tertium genus*, composto dai “ rappresentanti professionisti „, creatura necessaria, anche se non desiderata e spesso nascosta, della dottrina dominante, e, senza bisogno di ricorrere alla tesi dell'ARCANGELI, si potrà dire: *l'agente di commercio vero e proprio è commerciante anche quando non abbia nemmeno un dipendente*.

6. — Vedremo come le più recenti innovazioni sindacali collimino perfettamente con il nostro asserto. Per ora preferiamo confutare un'obiezione, che potrebbe essere sollevata da un eventuale contraddittore. Questi, infatti, potrebbe osservare che l'agente d'affari

(57) Questo requisito non ci sembra necessario. Il nostro punto di vista, esposto nel testo, ci esonera dal chiarire le ragioni del dissenso. Conformi SUPINO, op. cit., p. 194; MOSSA, *Saggio critico sul progetto del nuovo codice di commercio*, nell'*Annuario di diritto comparato ecc.*, vol. Iº, Roma, 1927, p. 204.

(57 bis) Con altre parole, può esser vero che l'agente di commercio non sia [soltanto] un mediatore; ma è vero, *ex inverso*, che egli è più che un mediatore. Ci proponiamo di approfondire tra breve questa indagine, in altra sede.

Anche il RAMELLA, op. cit., p. 403, n.º 305, commette l'errore di ricorrere congiuntamente ai due nn. 22 dell'art. 3.

deve considerarsi, com'è considerato dalla dottrina tedesca (58), un mediatore vero e proprio e che perciò con il nostro criterio (l'agente di commercio è commerciante in quanto compie per professione abituali operazioni di mediazione in affari commerciali) si farebbe rientrare dalla finestra (dopo averlo cacciato dalla porta) il n.º 21 dell'art. 3.

Niente di meno esatto: se la lettera del § 652 B. G. B. induce gli autori tedeschi a parificare ai mediatori gli agenti d'affari (59), da noi, invece, dove manca una disposizione consimile, bisogna metter bene in risalto le note differenziali fra le due categorie: il mediatore, com'è noto, riscuote la provvigione soltanto se il contratto si conclude; l'agente d'affari, invece, che “ mette in vista una cosa “ od un affare e dà in proposito attendibili suggerimenti, non intende “ di far dipendere il proprio compenso dal risultato possibile della “ sua informazione semplicemente preparatoria. Fra la *notizia* e la “ *conclusione* dell'affare non vi è nesso di causa ad effetto. Si retri- “ buisce un *servizio che sta a sè, che esaurisce la sua utilità in sè* “ *stesso; non in relazione al risultato economico che si raggiungerà* “ *ad affare concluso* (60) „.

Con altre parole, l'agente d'affari si limita normalmente ad *indicare* i modi meglio adatti per ottenere una cosa, un servizio; il mediatore, invece, si adopera a che per il *suo* tramite un determinato contratto *venga a conclusione* con quella o fra quelle determinate persone (61). Certo, non si può escludere che, a richiesta di un

(58) V. *retro*, nota 28.

(59) È difficile il dubbio di fronte alla lettera del citato paragrafo, che suona: “ Chi per l'*indicazione* dell'occasione di concludere un contratto o per la “ *mediazione* in un contratto promette una provvigione, è obbligato a corri- “ sponderla soltanto se il contratto è concluso per effetto dell'*indicazione* o della “ *mediazione* „. Il paragrafo è posto sotto la rubrica “ Il contratto di mediazione „.

(60) Così BOLAFFIO, op. cit., vol. Iº, p. 351, nota 1.

(61) Rende ottimamente questi concetti il BOLAFFIO, loc. cit., testo, quando scrive che “ l'agenzia d'affari è un ufficio d'intermediazione *oggettiva*, allo scopo “ d'indicare i modi, a suo avviso meglio adatti, per ottenere una cosa, un servizio: “ mentre il mediatore compie una intermediazione *soggettiva* per far concludere “ il contratto. L'agenzia avvicina l'offerta alla domanda, perchè le fa reciproca- “ mente *conoscere*; il mediatore perchè le fa *coincidere*. E l'una e l'altro sono “ retribuiti: la prima, in ragione delle sue prestazioni dirette a far conoscere le “ possibilità e le probabilità di concludere un contratto, anche se poi il medesimo “ non si conclude; il secondo, in ragione dell'entità del contratto concluso, alla “ cui perfezione ha effettivamente cooperato „.

cliente o di sua iniziativa, l'agente d'affari compia anche opera di mediatore, cioè si adoperi per la conclusione del contratto desiderato (62); ma, anche in tale ipotesi, sussisterebbe sempre fra agente d'affari e agente di commercio la seguente sostanziale distinzione: l'uno compie *professionalmente*, l'altro (come tale) soltanto *occasionalmente* operazioni di mediazione in affari commerciali. Il fondamento della qualifica di commerciante da attribuirsi all'uno e all'altro è dunque radicalmente diverso: per l'agente d'affari esso risiede nel n.° 21; per l'agente di commercio nel n.° 22.

7. — Resta dunque dimostrato, contrariamente a quanto sostiene la nostra prevalente dottrina, che l'agente di commercio è *sempre* commerciante. Beninteso, noi non consideriamo agente di commercio l'impiegato, il quale dell'agente di commercio espliciti le stesse funzioni. Noi assumiamo, cioè, la medesima posizione fissata nel più volte ricordato § 84, comma 1.°, del H. G. B. tedesco, che ora riportiamo integralmente: “ Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschliessen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen „; paragrafo, che la dottrina tedesca deve necessariamente interpretare nel senso che l'agente di commercio sia *sempre* un commerciante (63).

Perciò, se commendevole ci sembra ancor oggi l'art. 83 del nostro progetto preliminare (“ *L'agente di commercio è commerciante.....* „), non possiamo, invece, approvare il silenzio tenuto su

(62) Così come può far opera di commissionario o di rappresentante (v. ancora BOLAFFIO, loc. cit.).

(63) Cfr. MÜLLER-ERZBACH, op. cit., p. 150; STAUB-BONDI, op. cit., p. 532, nota 13 al § 84 (Die Handlungsagenten sind Kaufleute, denn ihre Geschäfte bilden, gewerbmässig betrieben, ein Handelsgewerbe), i quali anzi, vorrebbero (p. 528, nota 4, b) che il § 84 fosse modificato e cominciasse così: “ Handlungsagent ist der selbstständige Kaufmann... „. Ciò anche al fine di eliminare dalla legge la parola *Handlungsgehilfe*, che gli aa. giustamente leggono *Angestellter*; DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., p. 671, nota al § 84; SCHMIDT-RIMPLER, op. cit., pp. 157-9; MOLITOR, op. cit., p. 41, n.° 3.

questo punto dal progetto definitivo; silenzio che, per giunta, è aggravato dalle oscure e certo inesatte parole della relazione. Ivi, infatti (p. 41), distinguendo gli agenti di commercio sforniti da quelli forniti di rappresentanza (64), si arriva anzi ad affermare che “ comune alle due categorie è solo il tipo speciale di contratto d'impiego che li lega alla casa principale „. E alla pagina successiva si ribadisce questo concetto scrivendo che “ gli articoli da 71 a 73 riguardano infine gli obblighi e i diritti degli agenti verso la casa principale, derivanti dal rapporto d'impiego. Il progetto anche qui non ha voluto esaurire la disciplina di questo rapporto, che trova il suo regolamento nella legge sul contratto d'impiego, ma ha voluto solo determinare alcuni obblighi e diritti tipici, che dipendono dalle speciali condizioni, in cui gli agenti di commercio lavorano per le loro case „.

Facile è la critica di queste parole (65): sta bene che, per analogia, si possano applicare al contratto d'agenzia alcune delle disposizioni relative al contratto d'impiego privato; ma questo non significa affatto — anche per chi approvasse l'incerta via seguita dal progetto — che il contratto d'agenzia debba considerarsi un “ tipo speciale del contratto d'impiego „. L'opinione dominante tedesca afferma senza dubbio che “ der Agenturvertrag ist eine Unterart des Dienstvertrags (66) „; ma il *Dienstvertrag*, contrapposto al *Werkvertrag* (*locatio operis*), non è che la generica *locatio operarum*, nel cui ambito va ricompreso lo specifico contratto d'impiego! Sviluppando logicamente quelle che sono le premesse o, quanto meno, le oscure affermazioni della relazione, si giungerebbe a questa assurda conseguenza: l'agente di commercio sarebbe legato da un contratto d'impiego (e, giuridicamente, “ contratto d'impiego „ ha un senso univoco ben definito) anche quando fosse un.... commerciante!

Naturalmente la relazione stessa rifiuta questo corollario quando chiarisce (p. 41) che, “ trattando degli agenti di commercio in senso tecnico, il progetto non ha ritenuto di dover espressamente dichiarare la loro qualità di commercianti. È noto che la classe ha

(64) Ed inesattamente si afferma nella relazione che “ solo i primi sono gli agenti di commercio in senso tecnico „. V. a questo proposito *retro*, n.º 1.

(65) Una critica del progetto, velata, ma, ciononostante, decisiva, costituisce anche il citato scritto del MOLITOR. V. pure MOSSA, loc. cit.

(66) Son parole degli STAUB-BONDI, op. cit., nota 4, b, alfa.

“ sempre cercato di resistere contro questa qualifica (67). Ma, se
“ l'agente di commercio possiede un'azienda stabile e autonoma (68),
“ nella quale tratta abitualmente e professionalmente gli affari di
“ parecchie (69) ditte, è difficile (70) che la qualità di commerciante
“ possa essere negata in base ai principî generali (art. 3, n.° 21, cod.
“ vig.; art. 3, n.° 9, prog.) (71) „.

E allora s'impone, anche al fine di evitare ogni discordanza, il ripristino dell'art. 83 del progetto preliminare, secondo il quale l'agente di commercio è sempre commerciante, senza infirmare il principio con riserve, le quali, se ben ci apponiamo, non hanno solido fondamento.

8. — È certo però che, se da un punto di vista meramente teorico la distinzione fra agente di commercio e impiegato con funzioni di agente appare semplice e piana, tale distinzione è assai

(67) Si ricordi il citato libro del LEVI DE VEALI, portavoce degli interessati, e si leggano attentamente le ultime due pagine (298-9). Al congresso dei rappresentanti di commercio, riunitosi in Roma il 20 maggio 1923 per discutere le norme contenute nel progetto preliminare, intervenne anche il VIVANTE, al quale i rappresentanti espressero i loro desiderata. In riferimento all'art. 83 prog. prel. è scritto: “ Il prof. VIVANTE ha ribadito la qualifica di commerciante nell'agente e si è riservato di studiare se debba essere escluso da tale qualifica il piccolo agente, “ che non ha azienda propria „. Ottima fu la riaffermazione del principio; criticabile, invece, la riserva, sia perchè non si può distinguere fra grande e piccolo agente per quanto riguarda la qualifica giuridica (v. *retro*, n.° 4, testo e nota 35), sia perchè il ricorso al concetto d'impresa è superfluo, anzi dannoso, come abbiamo cercato di provare. Si noti, a questo proposito, che gli agenti volevano che nell'art. 78 del prog. prel. fosse inserito il concetto dell' “ abitudine della professione „; ma noi abbiamo già visto in qual senso improprio essi intendessero la parola “ professionista „!

(68) Per la critica di questo criterio v. *retro*, n.° 6. *Adde* MOLITOR, op. cit., p. 42, che scrive: “ In fatto tutti gli agenti di commercio hanno un proprio esercizio commerciale, anche se questo forse non è facilmente individuabile „. *Contra*, però, oltre ai maggiori, CALIENDO, in *Temi emil.*, 1927, 1, p. 26.

(69) V. *retro*, nota 57.

(70) Perchè questa incertezza? Le premesse poste tolgono ogni dubbio circa la conclusione.

(71) Ed, invece, si deve ricorrere al n.° 22 dell'art. 3, cod. vig. In relazione al progetto, la questione perde ogni importanza, non essendo ivi menzionate le imprese improprie.

difficile da cogliere in pratica (72). I criteri, che possono aiutarci a risolvere caso per caso il problema, sono ben conosciuti: sono il modo della retribuzione, il fatto che l'agente lavori per più case (73), che egli sia indipendente nell'organizzazione della sua agenzia, in maniera da essere libero di assumere e licenziare il personale che più gli talenta; che egli sia iscritto presso il consiglio provinciale dell'economia corporativa; che egli paghi direttamente le imposte anzichè corrisponderele attraverso la " ritenuta ,, e così via (74); ma, com'è noto, nessuno dei criteri suesposti è da ritenersi decisivo. Così, ad esempio, il fatto che una persona procuri affari a più case non esclude che essa sia impiegata dell'una, agente delle altre (75), o addirittura, come in date circostanze talora si sostiene, impiegata di tutte quante (76); così, il fatto che una persona rimunerì essa i propri dipendenti non può escludere che essa, a sua volta, sia impiegata di un'altra. Ma, ripetiamo, tutte queste difficoltà pratiche di individuazione non hanno nulla a che fare con il concetto teorico. Accertata, quindi, l'autonomia, l'indipendenza organizzativa (77) di una persona che procuri affari ad un'altra, si dovrà dire che essa è un agente di commercio, un commerciante. L'assenza di subordinazione esclude la qualifica d'impiegato (78).

(72) Scrive ottimamente il MOLITOR, op. cit., p. 43, n.° 4: "... queste difficoltà non hanno nulla da vedere con il criterio suesposto: esse esisterebbero ugualmente, anche se si volessero considerare gli agenti come una speciale figura d'impiegati. Poichè, pure in riguardo alla disciplina di questo gruppo speciale, occorrerebbe stabilire quand'è che le persone in esame vi possono rientrare.."

(73) Questo, adunque, è un criterio meramente pratico, non un requisito.

(74) Un'accurata esemplificazione dei criteri discriminanti fra agente di commercio e agente-impiegato v. in STAUB-BONDI, op. cit., pp. 529-30, nota 6.

(75) Cass., 21 giugno 1929, *Il Diritto del lavoro*, 1930, 2, p. 280.

(76) Trib. Milano, 10 febbraio 1931, *Foro della Lombardia*, 1931, p. 644, con nota di richiami.

(77) Parliamo di indipendenza organizzativa in quanto l'agente è sempre in uno stato di relativa dipendenza verso la casa o le case rappresentate; ma questa dipendenza (discendente dal contratto d'agenzia) va tenuta ben distinta dalla subordinazione (discendente dal contratto d'impiego).

(78) Così, esattamente, in rapporto all'agente di commercio, NAVARRINI, op. cit., in *Dir. e prat. comm.*, 1928, I, p. 154; PERETTI-GRIVA, in *Il diritto del lavoro*, 1930, 2, pp. 277 e ss.; VALENZIANO, *ibidem*, pp. 282 e ss.; CATTANEO, op. cit., p. 231; RAMELLA, op. cit., p. 405, n.° 307.

Ci sembra equivoca l'affermazione del CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, p. 87, secondo il quale " è impiegato il c. d. produttore di con-

Naturalmente queste difficoltà pratiche sorgono non solo, per ovvie ragioni, in sede giudiziaria, ma anche in sede sindacale, quando si vogliano risolvere le difficili questioni d'inquadramento. Ebbene, il recente decreto ministeriale dell'11 gennaio 1931 (79) su la definizione dell'inquadramento sindacale di alcune categorie professionali *abbandona il criterio dell'impresa* e il corollario relativo dei... cinque dipendenti, confermando nel modo migliore la bontà della nostra tesi.

Esso attribuisce, infatti, alla confederazione nazionale fascista del commercio (art. 4, n.° 4) “ gli agenti e rappresentanti di commercio, *anche se non abbiano dipendenti*, purchè risultino iscritti nella categoria C. 1 dei ruoli dei redditi di ricchezza mobile (80) “ ovvero nei registri dei consigli provinciali dell'economia [corporativa] „; mentre, invece, ascrive alla confederazione nazionale dei sindacati fascisti del commercio (art. 5, n.° 1) “ gli agenti di commercio “ cio non iscritti nei redditi di categoria C. 1 dei ruoli di ricchezza mobile (in quanto sottoposti al sistema della *ritenuta*) o nei registri “ dei consigli provinciali dell'economia [corporativa] „.

Ergo, anche secondo le norme relative all'inquadramento (81), nessuna distinzione può formularsi tra grandi e piccoli agenti. L'agente di commercio, quando non è impiegato (82), è *commerciante, anche se non ha impresa* (nel senso di organizzazione del lavoro altrui): egli è, infatti, considerato un commerciante anche se non ha nemmeno un dipendente. Il sistema corporativo, del quale con tanta

“ *tratti*, posto a servizio stabile dell'impresa, con obblighi speciali, che vanno oltre “ la trattazione del singolo affare „. Anche l'agente ha obblighi speciali di tal sorta, ed anch'egli è uno stabile produttore di contratti, che si potrebbe dire al servizio di una o più case. Può perciò essere considerato un impiegato? No, evidentemente.

(79) *Gazz. uff.*, 29 gennaio 1931, n.° 23.

(80) “ Redditi di lavoro, di carattere incerto e variabile, derivanti dall'esercizio di arti e professioni „.

(81) Per le questioni in tema d'inquadramento (in particolare per la polemica BALELLA-GIUSTINIANI) rimandiamo il lettore alla nota redazionale, corredata da accurati richiami, apparsa nel *Foro it.*, 1931, coll. 804-5. V., soprattutto, il R. D. 27 novembre 1930, n.° 1720.

(82) E questi, a parlar propriamente, non è agente di commercio, ma agente-impiegato.

sensibilità il VIVANTE intuisce gl'influssi sul diritto commerciale (83), conforta, dunque, la nostra tesi principale: *per la qualifica dell'agente di commercio è errato, anzi dannoso, risalire al concetto d'impresa.*

9. — Una volta giunti a tale conclusione, non possiamo e non dobbiamo, però, nasconderci che essa, da un lato, fa gravare anche sui piccoli agenti di commercio gli obblighi specifici dei commercianti (tenuta dei libri ecc.); dall'altro, toglie loro tutte quelle garanzie d'ordine economico-sociale, che le varie leggi predispongono a favore degli impiegati, di cui molto spesso gli agenti, sotto larvata forma, esplicano le funzioni, quando le condizioni locali contingenti consiglino tale sostituzione (84). Si tratta, però, di semplici inconvenienti, che non possono indurci ad abbandonare la nostra formulazione; inconvenienti, il primo dei quali dipende dal fatto che la nostra legislazione non conosce per ora la figura del piccolo commerciante, e che sparirà appunto con l'introduzione di questa figura (85); il secondo dei quali si potrebbe senz'altro far scomparire

(83) Cfr. i seguenti scritti del VIVANTE: *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in *Dir. e prat. comm.*, 1929, I, p. 113; *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto commerciale*, nella *Politica sociale*, 1931, p. 431, nonché la brillantissima applicazione *Di alcune novità in materia di consuetudini commerciali sotto l'influenza del grande commercio*, in *Mon. Trib.*, 1931, p. 561. V., soprattutto in tema di contratti-tipo, lo studio dell'ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, negli *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, cit., vol. II°, pp. 521 e ss. [Su lo stesso tema v. VIVANTE, *Ancora sul contratto-tipo, o meglio delle clausole tipiche dei contratti*, in *Commercio*, 1931, p. 45.] Ci piace ricordare qui anche lo scritto del compianto GUIDI, *Regime corporativo e diritto commerciale*, in *Dir. e prat. comm.*, 1928, I, p. 3.

(84) Appunto per evitare i pesi derivanti dall'assunzione di impiegati (che in Germania sono assai gravosi) si preferisce talora nominare un agente piuttosto che assumere un impiegato. Cfr. MOLITOR, op. cit., p. 40.

(85) V. l'art. 8 del prog. def. (su di esso la relazione, pp. 21-22). V. anche il § 4 del H. G. B. tedesco, in rapporto al quale il piccolo agente di commercio è naturalmente qualificato dalla dottrina come un *Minderkaufmann* (Cfr. per tutti STAUB-BONDI, op. cit., p. 532, nota 13; MOLITOR, op. cit., p. 46).

Troppo reciso, forse, il testo dell'art. 7 prog. prel. (i rivenduglioli ecc. "*non sono commercianti*"), che svaluta il principio rettamente fissato dall'art. 83 in rapporto agli agenti di commercio ("L'agente di commercio è commerciante.....").

estendendo anche ai piccoli agenti (individuabili attraverso criteri pratici: l'entità del reddito, la presenza di dipendenti, ecc.) alcune delle garanzie economico-sociali, che salvaguardano gl'interessi degli impiegati (86).

Ha appunto effettuata un'estensione di tal genere (e in favore di tutti gli agenti) la legge francese del 1919, citata al principio di questo studio, in virtù della quale anche gli agenti di commercio godono, al pari degli impiegati, di un privilegio (limitato alle provvigioni degli ultimi sei mesi) nel caso di fallimento del principale. In Italia, invece, manca ora, ed è deplorabile, una norma consimile. *De iure condito*, adunque, anche in base ad elementari canoni d'interpretazione, non si potrà estendere agli agenti di commercio l'art. 15 (combinato con l'art. 11, cpv.) della legge sull'impiego privato; articolo che, fra l'altro, avrebbe una portata anche maggiore di quella della citata legge francese. E nemmeno potrà applicarsi direttamente l'art. 773, n.º 1, cod. comm. Fatto per cui, pur consentendo nella necessità di una riforma (87), aderiamo senza restrizioni ad una recente sentenza della corte d'appello di Genova (88), secondo la quale "tra i dipendenti, cui l'art. 773 cod. comm. concede privilegio, non vanno compresi i rappresentanti di commercio (89) „.

(86) In quest'ordine d'idee si evolve da tempo la legislazione francese. Ci sembra opportuno menzionare qui il progetto di legge sul licenziamento dei *représentants de commerce*, presentato da LE DOUAREC, le cui vicende sono esposte nella relazione del RAMADIER, riassunta nella *Revue trim. de droit civil*, 1930, pp. 627-8. Le considerazioni esposte sono molto interessanti.

La stessa tendenza volta ad una tutela sociale degli agenti di commercio è seguita in Austria (v. MÜLLER-ERZBACH, op. cit., p. 151) e in Germania, dove, tenuto conto dell'incertezza della distinzione e delle cattive condizioni dei piccoli agenti di commercio, i loro rapporti giuridici sono stati sottoposti (in forza del § 5 della legge sui tribunali del lavoro del 1926) allo speciale giudice del lavoro, perchè simili ai meri prenditori di lavoro, e ciò per garantire in ogni caso una valutazione delle loro condizioni giuridiche corrispondente alla loro posizione sociale. Così, letteralmente, MOLITOR, op. cit., p. 45, il quale rileva giustamente che questa disposizione non ha innovato al diritto sostanziale. Naturalmente, il cit. § 5 dà luogo a non lievi difficoltà interpretative quando si voglia stabilire la competenza (v. DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., p. 671, in fine).

(87) Prevista dall'art. 753, n.º 1, del prog. def.

(88) 19 luglio 1929, *Foro ligure*, p. 113.

(89) *Contra*, naturalmente, LEVI DE VEALI, op. cit., p. 193, il quale ritiene pacifica (!) la soluzione da lui accolta. In Germania, non menzionando gli agenti di commercio il § 61, n.º 1, dell'ordinanza concorsuale, la questione si prospetta

10. — Nemmeno ora riteniamo compiuta la nostra dimostrazione. Ed, infatti, un contraddittore potrebbe osservare che, essendo gli agenti di commercio, al pari dei viaggiatori di commercio, dei produttori d'affari, anche quelli, come questi, dovrebbero considerarsi degli impiegati, ove non gestissero un'impresa (90).

È facile rispondere che nella grande categoria dei viaggiatori di commercio bisogna distinguere quelli che sono impiegati (e sono i *commessi viaggiatori* del nostro codice) da quelli, che tale qualità non rivestono (e sono gli *agenti viaggiatori*, veri e propri *agenti di commercio viaggianti*, anzichè *stabili* in una piazza). Ciò è tanto vero, che la più volte citata legge sull'impiego privato considera impiegati (art. 10, lett. A, n. 2) non già i viaggiatori di commercio in genere, ma soltanto i *commessi viaggiatori*. Nè si obietti che il già citato decreto ministeriale sull'inquadramento attribuisce alla confederazione nazionale dei *sindacati* fascisti del commercio, senza distinguere, i viaggiatori di commercio in genere ed i piazzisti (art. 5, n.º 12). Anzitutto si potrebbe forse rispondere che in questa ipotesi non varrebbe il vecchio adagio *ubi lex non distinguit* ecc., per la semplice ragione che proprio in sede sindacale, per così dire, è stata data la precisa definizione del

negli stessi termini che in Italia ed è risolta dall'opinione dominante nel medesimo senso da noi seguito. Cfr. JAEGER, *Komm. zur Konkursordnung*, 3ª-4ª ed., vol. Iº, Berlin, 1907, p. 679, nota 14 al paragrafo citato, dove il lettore troverà ampie indicazioni bibliografiche. V. anche STAUB-BONDI, op. cit., p. 552, § 88, nota 21.

(90) Così, esplicitamente, LEVI DE VEALLI, op. cit., pp. 212-3, seguendo la strada indicata dal SUPINO, op. cit., p. 195.

A proposito dei viaggiatori di commercio, segnaliamo la recente legge svizzera del 1º agosto 1930 (*Feuille fédérale*, 8 agosto 1930), riprodotta nel testo originale nel nostro *Bollettino di legislazione doganale e commerciale* del ministero delle corporazioni (fascicolo del dicembre 1930, pp. 1982 e ss.). L'art. 1º di tale legge suona: "Toute personne, qui, en qualité de chef, d'employé Ou de représentant d'une exploitation industrielle ou commerciale recherche des commandes de marchandises, est considérée comme voyageur de commerce au sens de la présente loi et tenue, pour exercer cette activité, de justifier de la possession d'une carte de légitimation". A proposito della carta di legittimazione, si abbia presente il decreto ministeriale polacco del 18 dicembre 1930, (*Bollettino ecc.*, cit., fasc. del luglio 1931, pp. 1097-98) circa il modo di rilasciare le carte di legittimazione ai viaggiatori di commercio polacchi diretti in Italia. Ciò in relazione alla convenzione di commercio fra l'Italia e la Polonia, conclusa a Genova il 12 maggio 1922 (e resa eseguibile con R. D.-L. 16 agosto 1922, n.º 1172), che all'allegato A contiene il modello di detta carta.

viaggiatore di commercio, alla quale l'interprete potrebbe anche essere costretto ad attenersi per attuare la norma d'inquadramento sopra riprodotta. Infatti, *il contratto nazionale di lavoro per i viaggiatori e piazzisti dipendenti da ditte commerciali*, stipulato il 15 maggio 1928 tra la confederazione nazionale fascista dei commercianti e la federazione nazionale dei sindacati fascisti del commercio (91), dichiara (art. 2) che “agli effetti del presente contratto si ritiene “viaggiatore di commercio chi è stabilmente incaricato, con *vincolo di dipendenza* da una ditta, di viaggiare in determinate zone per il collocamento di articoli trattati dalla ditta, sia che viaggi a proprie spese come a spese della ditta, sia che abbia retribuzione fissa, oppure totalmente o parzialmente a provvigione, abbia o meno le spese a proprio carico. — Sono ugualmente viaggiatori di commercio coloro che viaggiano contemporaneamente per più ditte, con consenso delle ditte stesse e con *vincoli di dipendenza relativi*. — Sono invece esclusi dal presente contratto coloro che, nell'esercizio delle loro funzioni, pur avendo una limitazione di zona, hanno una piena autonomia di azione nello svolgimento del loro lavoro, non avendo alcun vincolo di itinerario e di impiego del loro tempo (92) „.

Come si vede, anche il contratto collettivo distingue i commessi viaggiatori dagli agenti viaggiatori. Considerando impiegati soltanto i primi, esso applica loro, e soltanto loro, molte delle provvidenze già legislativamente introdotte in favore degli impiegati. Collegando, dunque, la norma relativa all'inquadramento con la definizione data dal contratto collettivo, si potrebbe anche logicamente inferirne che i soli commessi, e non anche gli agenti viaggiatori dovrebbero essere attribuiti alla confederazione nazionale dei sindacati fascisti del com-

(91) Detto contratto collettivo è stato pubblicato per estratto nella *Gazz. uff.* del 24 gennaio 1929, n.º 20, parte seconda; per esteso nel fascicolo 5 (31 gennaio 1929) della pubblicazione *Contratti collettivi di lavoro*, supplemento al bollettino ufficiale del ministero delle corporazioni, all. n.º 18.

(92) Analogamente, per i piazzisti, l'art. 43 del citato contratto dichiara: “Agli effetti del presente contratto si ritiene piazzista di commercio chi è stabilmente incaricato, con vincolo di dipendenza da una ditta, di collocare nella città, sede della ditta, ed immediati dintorni, gli articoli trattati dalla ditta stessa, comunque sia retribuito. Sono ugualmente piazzisti coloro che lavorano per più ditte col consenso delle stesse e con vincoli di dipendenza relativi „.

mercio. Gli agenti viaggiatori, invece, che, come tutti gli altri agenti di commercio, devono reputarsi commercianti, sarebbero da attribuirsi alla confederazione nazionale fascista del commercio, in base ai criteri pratici, di cui all'art. 4, n.º 4, del decreto ministeriale più volte citato. Chè se qualcuno, in base alla lettera di questo decreto (art. 5, n.º 12) e in base alla premessa che la definizione di viaggiatore di commercio è enunciata soltanto "agli effetti del contratto nazionale", (e non, dunque, agli effetti dell'inquadramento), volesse assegnare tutti quanti i viaggiatori di commercio (commessi ed agenti) alla confederazione nazionale dei sindacati fascisti del commercio, non per questo si potrebbe senz'altro negare agli agenti viaggiatori la veste di commercianti. Non bisogna, infatti, dimenticare che ai sindacati del commercio devono essere attribuiti ad es. anche (art. 5, n.º 3) "gli esercenti commercio ambulante per conto proprio o con l'aiuto di familiari, purchè non abbiano inoltre un magazzino o deposito per notevoli quantità di merci o un negozio o posto fisso con banchi banconi o altri mezzi analoghi di carattere stabile in mercati centrali o rionali (92 bis) „. Ne viene che nei sindacati del commercio vanno ricompresi anche dei commercianti veri e propri, e ciò per ragioni di opportunità, che l'interprete non può sindacare; fatto per cui, anche volendo respingere la prima interpretazione, non per questo resterebbe preclusa l'indagine volta a dimostrare la qualifica di commerciante nell'agente viaggiatore, chè, anzi, detta indagine rimarrebbe impregiudicata.

Del resto, non sarà male ricordare a questo proposito che la dottrina germanica distingue concorde fra i viaggiatori quelli che sono *Handlungsgehilfen* da quelli che sono *Handlungsagenten*, attribuendo soltanto a questi ultimi la veste di commercianti (93). Va da sè che tale dottrina, fondandosi molto opportunamente sulla terminologia pratica, ricomprende fra i viaggiatori, criticando la legge, non soltanto quelli che viaggiano veramente (i c.d. *Fernreisende*), ma anche quelli che.... non viaggiano, ma si limitano a produrre affari nella

(92 bis) La genesi dell'art. 5, n.º 3, e della distinzione in esso contenuta va ricercata nell'accordo intervenuto tra le due confederazioni interessate addì 24 giugno 1930 (noi lo abbiamo visto riprodotto sul *Corriere della sera* del giorno successivo); accordo, che sostituiva quello precedente del 5 maggio 1927.

(93) Prescindendo dagli scritti monografici, sembra a noi che, a questo proposito, la trattazione migliore sia quella del WIELAND, op. cit., pp. 380-3 (v. la bibliografia nelle note a p. 380), di cui seguiamo nel testo la terminologia.

città sede della ditta (o di una sua filiale) e negli immediati dintorni (sono questi i c.d. *piazzisti*, chiamati nella pratica tedesca *Platz-oder Stadtreisende* (94)); così come, inversamente, si potrebbe scrivere che agenti di commercio veri e propri sono non soltanto quelli, che hanno residenza stabile in una piazza (i c.d. *Platzagenten* (95), ai quali vanno equiparati, secondo la legge tedesca, per quanto attiene al potere di rappresentanza, anche i piazzisti o *Stadtreisende*), ma anche quelli che tale residenza stabile non hanno e producono affari viaggiando. Questi ultimi, i quali, appunto perchè agenti, non sono impiegati, vengono chiamati nella pratica *reisende Agenten*, *Fernreisende Agenten* o *Provisionsreisende*. Chè se, invece, il *Fernreisender* fosse un impiegato, cioè quello che in Italia è chiamato un commesso viaggiatore, allora esso assumerebbe la denominazione di *Handlungsreisender*.

Sembra, dopo ciò, che convenga chiudere questo studio esponendo brevemente i corrispondenti schemi italiani, anche perchè la terminologia, necessariamente incerta in questo tema, è spesso fonte di equivoci o di dubbî assai gravi.

Diremo dunque che non esistono “agenti di commercio in senso tecnico”, come pretende la relazione al nostro progetto definitivo: tutti gli agenti di commercio sono e restano tali, tanto se forniti, quanto se sforniti di rappresentanza. Gli agenti di commercio possono esplicare la loro attività autonoma nella città sede della ditta o di

(94) Per questa denominazione del piazzista v. anche STAUB-BONDI, loc. cit.; DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., p. 688, nota 4 al § 87.

(95) Cfr. DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., p. 685, nota 1 al § 86, che regola appunto i poteri dei *Platzagenten*. È dunque chiaro che *Platzagent* non corrisponde affatto a piazzista (*Stadtreisender*), sicchè desta meraviglia il fatto che nella relazione al nostro prog. def. si dica che gli agenti di commercio forniti di rappresentanza (i quali, come si ricorderà, non sarebbero “agenti in senso tecnico”) sono “dei rappresentanti piazzisti, con poteri simili a quelli dei commessi viaggiatori”. *Platzagent* non significa piazzista! Come accenniamo nel testo, la legge tedesca regola uniformemente, quanto ai poteri di rappresentanza, il *Platzagent* e lo *Stadtreisender*: infatti, si ritiene dai più che il § 55 del H. G. B. si applichi solo ai veri e propri viaggiatori (tanto se commessi, quanto se agenti), in virtù del richiamo, di cui al § 87 dello stesso codice. Su tutti questi punti v. DÜRINGER-HACHENBURG, op. cit., commento al § 87, pp. 687-8 e, specialmente, WIELAND, op. cit., pp. 381-20, che critica il regolamento legale.

una sua filiale (e in tal caso si chiameranno *agenti di città* o *piazzisti*, sebbene quest'ultimo termine si presti a confusione) o in un'altra città qualsiasi (e ci troveremo di fronte a quelli, che la pratica chiama *rappresentanti di commercio*); oppure possono produrre affari viaggiando (e sono questi gli *agenti viaggiatori*).

Tutte queste persone possono trovarsi in rapporto di subordinazione verso un'altra e, in tal caso, dovranno essere considerate degli impiegati veri e propri, che saranno chiamati, corrispondentemente, *piazzisti*, *institori* (se forniti di rappresentanza), *commessi viaggiatori*. I soli componenti di questa seconda categoria non devono essere considerati commercianti.

WALTER BIGIAMI

LE CONSUETUDINI COSTITUZIONALI (*)

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. — 2. Caratteri specifici delle consuetudini. — 3. L'efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale italiano. — 4. Legge e consuetudine. — 5. Imperativi giuridici e norme legislative. — 6. Consuetudini costituzionali e regole convenzionali. — 7. Cenno delle teorie che ammettono o escludono la consuetudine come fonte di diritto. — 8. Importanza della consuetudine nel governo parlamentare italiano e nella nuova forma di governo attuata in Italia.

1. — La questione della esistenza e del valore da attribuirsi alla consuetudine, come fonte di diritto, ha sempre dato luogo a vivaci dispute in dottrina. Nel diritto privato, tuttavia, salvo dissensi su alcuni punti di minore importanza, molte difficoltà sono ormai superate. Non così, invece, per il diritto pubblico e, segnatamente, per il diritto costituzionale. Qui la discussione è tuttora aperta; e mentre molti scrittori accanto alla legge, come fonte di diritto, pongono la consuetudine, altri, non meno autorevolmente, negano che alla consuetudine possa attribuirsi valore di fonte indipendente.

È bene chiarire subito che, in queste mie brevi note, debbo limitarmi a considerare la cosiddetta consuetudine introduttiva o innovativa; cioè, appunto, la consuetudine che si pone come fonte autonoma di diritto ed alla quale, quindi, si può riconoscere valore

(*) Questo scritto verrà inserito nel volume di studi che, prossimamente, si pubblicherà in Francia in onore di Geny.

giuridico indipendentemente dalla esistenza di una legge in senso formale che, in modo esplicito o implicito, le attribuisca tale valore. Quando, infatti, la consuetudine, così nel diritto privato come nel diritto pubblico, è richiamata da una legge, è intuitivo che è sempre e solo la legge che dà forza alla norma consuetudinaria; e quindi si dice, giustamente, che la consuetudine è fonte indiretta o mediata ossia nel senso e nel presupposto che essa può valere solo ed in quanto la legge vi faccia richiamo (1).

Anche nel diritto amministrativo vi sono leggi positive che riconoscono la consuetudine come fonte di diritto (2); e, in questi casi, la questione si pone in termini non diversi di quelli già accennati e propri al diritto privato (3).

Perciò non mi pare esatto il punto di vista di coloro i quali, allargando il campo di studio, assimilano la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale con l'altra, più vasta, della efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e fissano poi principi unici e generali da valere per tutti i rami del diritto pubblico (4). In altri termini: nel diritto costituzionale — come si vedrà in seguito — mi sembra che la consuetudine abbia un valore tutto speciale e, ad ogni modo, qualunque possa essere la conclusione, non mi pare dubbio che il problema della efficacia da attribuirsi alla norma consuetudinaria, nel diritto costituzionale, sia problema specifico, tutto proprio del diritto costituzionale. È necessario, quindi,

(1) Contro, però, ROMANO, *Corso di dir. costituzionale*, Padova, 1928, 2^a ed., p. 34, 280. L'A. osserva che è illogico ammettere la esistenza della consuetudine e poi affermare che essa vale per volontà della legge, perchè se la legge si richiama ad una consuetudine ciò vuol dire che non è la legge che alla prima attribuisce il carattere di fonte del diritto, ma che tale carattere preesiste e dalla legge è soltanto riconosciuto oppure gli vengono riconosciuti ulteriori effetti.

(2) V. le leggi ricordate dal RANELLETTI in *Principii di dir. amministrativo*, Napoli, 1915, vol. II, p. 23.

(3) Esclude però che si possa parlare di un diritto consuetudinario per l'amministrazione il MAYER, *Le droit administratif allemand*, Parigi, 1903, vol. I, p. 143. Per la confutazione della teoria del MAYER cfr. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo in Trattato di dir. amm. it.*, Milano, vol. I, p. 1064 sgg.

Per la questione della efficacia della consuetudine nel diritto amministrativo v. anche LÜDERS, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863; ROMANO, *Corso di dir. amministrativo*, Padova, 1930, vol. I, p. 66.

(4) Così, fra gli altri, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 29.

attenersi a criteri di completa autonomia e, per quanto già ho detto, non si debbono senz'altro accettare argomentazioni, sia pure esatte, ma valide per altra materia e nel concorso di altri presupposti. Del resto anche da altri elementi, che più innanzi rivelerò, appare chiaro che la questione della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, è, per i suoi caratteri peculiari, questione a sè; quindi deve essere studiata e risolta con propri principi.

Dal punto di vista del diritto positivo, poi, il tema si presta — mi pare — a qualche nuova osservazione. Difatti la recente legislazione costituzionale italiana si è estesa a molti rapporti che prima erano soltanto regolati dalla consuetudine.

2. — Bisogna innanzi tutto precisare alcuni caratteri specifici delle consuetudini costituzionali. La questione è di molta importanza, e, però, non da tutti gli autori è sufficientemente chiarita. E solo avendo riguardo a questi caratteri (5) si evita di dover seguire alcune tesi, affatto arbitrarie, alle quali spesso si fa ricorso per spiegare la efficacia obbligatoria della consuetudine.

La consuetudine, nel diritto privato, si può definire come l'osservanza costante ed uniforme di una regola di condotta che i membri di una data comunità sociale osservano negli atti della loro vita, cioè nei loro rapporti, con la coscienza della necessità della regola stessa ossia con l'intimo convincimento della sua obbligatorietà (6). Due, quindi, sono gli elementi costitutivi della norma di diritto consuetudinario: l'uno esterno, che si concreta nella serie degli atti

(5) V., su ciò, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 6; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale* in *Studi Senesi*, 1919, n. 1-2, p. 15 sgg.

(6) Per questi concetti, sulla essenza della consuetudine, sulla sua funzione storica, come pure sul fondamento razionale del diritto consuetudinario, nonché su altre questioni di maggior dettaglio, delle quali non posso qui occuparmi, v., specialmente: PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, I, 1828, II, 1837; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di Scialoja (V.), Torino, 1886, I, p. 97 sgg., p. 182 sgg.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., e note di FADDA e BENSA, Torino, 1925, I, p. 50 sgg. et ivi tutte le altre opere citate. V., poi, GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919, I, p. 318 e sgg. specialmente per ciò che riguarda l'elemento della *opinio necessitatis* come elemento specifico della consuetudine (p. 320) ed anche per tutta l'ampia bibliografia citata nelle note. Cfr., anche, COVIELLO, *Manuale di dir. civile it.*, Milano, 1924,

uniformemente e costantemente ripetuti. Occorre, insomma, che vi sia uniformità, che la ripetizione degli atti sia costante e ininterrotta, che la pratica costante ed uniforme sia generale, solo nel senso però che anche in un campo territoriale ristretto, entro cui ha impero la norma consuetudinaria, quegli atti siano compiuti dalla generalità e non da alcuni membri soltanto. Senza che si debba dedurre la esigenza di un quarto requisito, ne deriva, come logica conseguenza, che la pratica costante e uniforme deve avere una certa durata nel tempo.

L'altro elemento — quello interno — consiste nella convinzione diffusa che la norma è largamente seguita perchè appunto l'osservanza di quella pratica risponde ad una necessità di diritto. Naturalmente una tale convinzione può formarsi in modo diverso; ma ciò non ha importanza. Ha importanza, invece, rilevare che l'avere la convinzione della necessità della norma significa ritenerla assolutamente vincolante, nel senso, cioè, che non diversamente dalla norma di legge anche quella consuetudinaria deve imporre alle persone una condotta obbligatoria per quel dato rapporto.

Questi elementi, che integrano il concetto di norma consuetudinaria, si debbono anche avere per le consuetudini costituzionali (7). Ma, per queste, bisogna avere riguardo alle peculiarità dell'elemento soggettivo o personale.

Difatti la consuetudine costituzionale, come dice il nome, può formarsi nei reciproci rapporti fra gli organi costituzionali o immediati dello Stato. E sono organi costituzionali quegli organi che, in

3^a ed., p. 47; DE RUGGIERO, *Istituzioni di dir. civile it.*, Roma, 1922, 4^a ed., I, p. 82.

Per una esposizione delle dottrine sulla consuetudine v. pure: MICELI, *La forza obbligatoria della consuetudine*, Perugia, 1899, p. 11 sgg.; LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Parigi, 1903, vol. I, p. 111 sgg.; ANDERSEN, *Das Gewohnheitsrecht in Zeitschrift für das privat. und öff. Recht*, XXXVII, 1910, p. 337 sgg.; per qualche breve cenno e per altre indicazioni bibliografiche, v., infine, di recente: BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1931, p. 2 sgg.

(7) Del tutto originale è la tesi del DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 3^a ed., I, p. 153 sgg., il quale, riallacciandosi alla distinzione da lui posta fra regole di diritto costruttive e normative dà un concetto di norma consuetudinaria che si fonda su presupposti ben diversi da quelli comunemente accolti e conclude poi nel senso che la questione di sapere se la consuetudine è o non è fonte di diritto è inutile. Per la critica a questa singolare opinione v. ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 8^a ed., I, p. 54 sgg.

riguardo al contenuto della attività, sono del tutto autonomi e indipendenti e perciò sottratti ad ogni comando di altri organi, e che, nell'ordinamento dello Stato, costituiscono il mezzo primo ed essenziale per l'esercizio e quindi per l'attuazione del potere supremo di impero (8).

Così, per lo Stato italiano, sono organi immediati, in quanto non vi sono organi superiori che possono imporre a questi la propria volontà, il Re e con esso i Ministri, considerati nella loro funzione di consiglieri della Corona, le due Camere, il Collegio elettorale, cui deve ora aggiungersi il Gran Consiglio del Fascismo (9), mentre non pare che tale qualifica possa attribuirsi al Partito nazionale fascista (10); e malgrado la dizione dell'art. 6 dello Statuto, devono ancora considerarsi, come organi immediati, i giudici di ogni grado, perché traggono direttamente i loro poteri e le loro funzioni dalla costituzione dello Stato ed hanno, pure essi, autonomia e indipendenza di fronte agli altri organi statuali.

Come si vede, nella consuetudine costituzionale, l'elemento esteriore, ossia l'osservanza uniforme e diuturna delle regole di condotta, concerne solo l'attività esplicata da un limitato gruppo di organi dello Stato; quanto all'elemento interno, ossia alla convinzione che quella data regola è necessaria, è evidente che si deve riferirla alle persone fisiche che sono preposte ai pubblici uffici, intesi come sfere di attribuzioni, cioè di poteri e compiti dello Stato, e che danno a questi vita, volontà e azione, trasformando gli uffici stessi da unità astratte in organi statuali in senso proprio.

Si deve però notare che l'attività esplicata da alcuni organi costituzionali non può, per la sua natura, essere assolutamente regolata da norme consuetudinarie. Tutto il campo proprio della funzione

(8) Sul concetto di organo costituzionale cfr. specialmente: ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1899, p. 39 sgg.; ed anche in *Principii di dir. amm. it.*, 1901, 2^a ed., p. 73; RANELLETTI, *Principii di dir. amm. it.*, cit., I, p. 170 e gli autori citati nelle note.

(9) V., su ciò, FERRACCIU, *La figura costituzionale del Gran Consiglio* in *Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 207; RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano* in *Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 320 ed anche in *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1930, p. 205 sgg.

(10) Cfr. GIROLA, *Il Partito nazionale fascista* in *Studi Urbinati*, 1930, n. 1-2, et ivi tutta la bibliografia citata.

giurisdizionale è precluso al formarsi di un diritto consuetudinario. I rapporti, poi, fra potere giurisdizionale e potere legislativo, e potere giurisdizionale e potere esecutivo sono rapporti di separazione; interferenze non sono possibili e quindi ogni ragione di dubbio viene meno. È vero che il giudice può applicare una norma consuetudinaria per dati rapporti; ma ciò solo nei casi in cui la legge glielo consente. Il che prova, appunto, che il potere giurisdizionale, a differenza degli altri poteri, come vedremo, non può essere obbligato da una qualsiasi manifestazione di volontà dello Stato (tale potrebbe essere, per ipotesi, la norma consuetudinaria). Dunque, è chiaro che un atto di volontà dello Stato può vincolare il potere giurisdizionale solo ed in quanto tale atto trovi la sua concreta espressione nella legge.

È così fuori discussione che nel porre il problema della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, ci si deve riferire solo alle funzioni degli organi immediati dell'Esecutivo e del Legislativo; questa questione non può comunque riguardare il potere giurisdizionale.

3. — Numerose sono le tesi cui si fa ricorso per escludere o ammettere la efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e specialmente nel diritto costituzionale (11).

(11) Nelle opere fondamentali, già ricordate, però la questione della consuetudine è studiata con riguardo soprattutto al diritto privato. Anche il PUCHTA dedica poche pagine allo studio del tema nel diritto pubblico.

Mi limito qui a ricordare gli scritti che hanno maggior interesse per le questioni accennate nel testo, per le tesi ivi combattute e limitatamente al diritto costituzionale: LONGO, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico* in *Archivio di diritto pubblico*, 1892, II, p. 240; AMABILE, *Le fonti del diritto costituzionale*, Catania, 1896; ORLANDO, *op. cit.*, p. 1036; RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)* in *Riv. di dir. pubblico*, 1913, I, p. 147 sgg.; CARISTIA, *Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno*, Macerata, 1919, p. 25; PRESUTTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Napoli, 1922, p. 199; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale* in *Studi Senesi*, 1913, I, p. 9; 1919, I, p. 3; 1921, I, p. 21 et ivi tutta l'ampia bibliografia citata. V., poi, HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1927, 11^a ed., I, p. 462; e da ultimo, solo però per alcune osservazioni di carattere generale, ROCCO, *La consuetudine e il diritto dello Stato* in *Riv. di dir. pubblico*, 1930, I, p. 345.

Se si ha riguardo al diritto positivo, a me sembra che argomenti decisivi, nell'uno o nell'altro senso, non si possono ricavare dall'art. 3, 2 capv. disp. prel. al codice civile (12). Detto articolo stabilisce che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto. Che nel concetto di principi generali del diritto, cioè dei principi fondamentali informatori del nostro ordinamento giuridico, non si possa comprendere la consuetudine è ben evidente (13). È però certo che la disposizione, pure avendo riguardo alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, si riferisce esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale (14). Le espressioni "decidere", "controversia", "caso dubbio", non lasciano luogo ad equivoci di sorta. Fu poi acutamente osservato che le norme riguardanti la interpretazione delle leggi, pur dovendo riferirle al diritto in generale, danno più che altro dei suggerimenti e non sono fornite di una rigorosa obbligatorietà (15). Nè, per escludere la consuetudine come fonte autonoma, ci sembra buono il richiamo all'art. 5 disp. prel. al codice civile, per il quale le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. Questa disposizione può impedire il formarsi di una consuetudine *contra legem*, della quale questione qui non mi occupo; ma non vieta per nulla la formazione della consuetudine *praeter legem*.

(12) Per un completo esame di quest'articolo e per alcune questioni limitatamente al diritto privato e però con riguardo anche all'art. 48 disp. trans. cod. civile cfr.: ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato* in *Archivio giuridico*, 1925, vol. XCIV, p. 235; VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, Padova, 1930, p. 71 sgg.

(13) Su ciò vi è accordo in dottrina. Contro, però, LONGO, *op. cit.*, p. 259.

(14) Su ciò FERRINI, nella *Enciclopedia giuridica* voce *consuetudine*, p. 630; ed è poi decisiva, a mio avviso, l'osservazione fatta dal RAGGI, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia* in *Riv. di dir. pubblico*, 1914, I, p. 467 che il disposto dell'art. 3 può riferirsi solo ai rapporti fra cittadini e Stato e non anche ai rapporti fra gli organi costituzionali dello Stato.

(15) V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* negli *Scritti in onore di Schupfer*, 1898, p. 307; ROMANO, *Principii di dir. amm.*, cit., p. 26.

Tutto sommato, e senza oltre dilungarmi su queste questioni che altri hanno già ampiamente studiato, a me sembra che è necessario porsi da un punto di vista più generale. Perciò si fa ricorso ad altri argomenti.

Si dice che se la consuetudine non ha per sé carattere di fonte per il diritto privato, ma lo attinge alla legge positiva, non v'è ragione per ammettere principio diverso per il diritto pubblico (16). Ma, evidentemente, questa tesi parte dal presupposto che le due questioni della efficacia della consuetudine nel diritto privato e nel diritto pubblico, in ispecie nel diritto costituzionale, si trovino su di una stessa linea. Ho già, invece, chiarito che sia in riguardo ai soggetti, sia in riguardo ai rapporti, cui la consuetudine costituzionale si riferisce, nessun richiamo alla disciplina privatistica, limitatamente a questo punto, è possibile. E da ciò, appunto, la peculiarità del problema e del modo col quale la consuetudine nel diritto costituzionale attinge la sua forza obbligatoria.

Si può aggiungere, se ancora rimane dubbio sulla esattezza di questo rilievo, che anche la materia regolata da una consuetudine costituzionale è ben diversa e non riguarda, per certo, rapporti patrimoniali fra soggetti privati, come è appunto per il diritto privato. Si tratta, per le consuetudini costituzionali — come giova ripetere — di relazioni fra organi immediati i quali sono appunto tali perchè nella loro azione sempre esprimono e danno consistenza alla volontà dello Stato; e quindi il campo proprio del diritto costituzionale consuetudinario è circoscritto a questa sfera di rapporti e, in particolare, non riguarda soggetti privati, ai quali tali rapporti possono interessare solo indirettamente.

Per completare questo esame bisogna anche osservare che la maggior parte dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo è, di solito, regolato dall'insieme delle norme giuridiche fondamentali relative alla organizzazione dello Stato; a tali norme, di cui molte riunite e scritte in documenti o atti speciali e solenni, non possono sovrapporsi consuetudini. Quando, in altre parole, la disciplina di un rapporto ricade sotto l'impero della legge, che traduce o fissa in forma esplicita e definitiva la volontà dello Stato in un precetto obbligatorio, non può trovar posto la consuetudine. E questa sola

(16) Così RANELLETTI, *Principii* cit., II, p. 20.

è regola generale che può valere tanto in diritto privato quanto in diritto pubblico.

Sempre in riguardo alla specialità dei rapporti, si è anche osservato che il formarsi di norme consuetudinarie può giustificarsi per quei rapporti che, per la loro indeterminatezza, sfuggono ad una esatta definizione legislativa (17). Ma queste ed altre osservazioni non possono, a mio avviso, avere valore assoluto; può essere che, per dati rapporti, un regolamento consuetudinario sia meno rigido e meglio si adatti della norma scritta. Ma, tanto da un punto di vista astratto che concreto, non vi sono rapporti che non possono ricadere sotto il dominio della legge, cioè della esplicita dichiarazione di volontà dello Stato. E così alla consuetudine può sempre sostituirsi la legge. E il campo proprio del diritto consuetudinario può, ad ogni momento, allargarsi e restringersi, perchè è sempre subordinato alla legge. Il che, come vedremo, è appunto avvenuto, colla nuova legislazione, nell'ordinamento costituzionale italiano.

Il rilievo, però, più interessante a farsi, per quanto riguarda la tesi che riconosce efficacia alla consuetudine solo sul fondamento di una legge, è questo: che, la consuetudine, come fonte indipendente, è esclusa, perchè non potrebbe attingere tale suo carattere alla volontà dello Stato. Il che — a me sembra — dà per ammesso, a priori, ciò che in realtà è a dimostrarsi.

Difatti, dato pure che la formazione del diritto sia nella nostra società funzione essenziale ed esclusiva dello Stato, sicchè non debbano ammettersi altre fonti di produzione del diritto al di fuori della volontà dello Stato, non è ancora detto con ciò che debba negarsi valore alla consuetudine. Se si dimostra (facciamo pure l'ipotesi ora) che la consuetudine, non diversamente dalla legge, deriva la sua forza obbligatoria dalla volontà dello Stato, è chiaro che nessun pregiudizio ne ha la teoria della statualità del diritto. Questo è, dunque, il punto fondamentale della questione; e solo così, a mio avviso, è poi possibile dare un giudizio su molte altre tesi che gli autori portano a sostegno della opinione contraria, e cioè della ammissibilità della consuetudine come fonte indipendente.

(17) Cfr. ORLANDO, *op. cit.*, p. 1063.

4. — Come si vede è necessario precisare i criteri che possono giustificare una antitesi fra legge e consuetudine, ossia fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

Una norma consuetudinaria, come già si è detto, può sempre divenire norma giuridica, quando, come tale, in qualsiasi modo, ma sempre per volontà dello Stato, è riconosciuta. Se si ha riguardo quindi solo al contenuto delle varie categorie di norme (norme etiche, sociali, non escluse quelle che sono osservate per uso costante e per convinzione della loro necessità) non è possibile distinguerle da quelle che, propriamente, si dicono giuridiche. Difatti il contenuto precettivo di una norma giuridica soddisfa sempre ad una fondamentale esigenza quella di mantenere l'ordine e assicurare le condizioni fondamentali di vita nella società organizzata a Stato. Al soddisfacimento di tale esigenza provvedono, sia pure in diverso modo e misura, anche tutte le altre norme, non escluse quelle etiche, sociali e consuetudinarie. E perciò, appunto, una norma etica o sociale, e così pure quelle osservate per uso costante, possono sempre dare il contenuto o fornire la materia per la formulazione di una norma giuridica. E non è raro il caso, quindi, di vedere che l'elemento materiale di un precetto, che si ispira a principi di morale e che è pure osservato costantemente, è, poi, dal legislatore preso a fondamento o senz'altro riprodotto in un preciso disposto di legge. Dunque l'uso uniforme nel regolare un dato rapporto in un dato modo, anche quando è accompagnato dalla sua necessità, non è per ciò solo norma giuridica; e ciò per la ragione che la consuetudine può dare soltanto l'elemento materiale alla norma giuridica (18). È così chiaro che norma consuetudinaria e norma giuridica non si prestano a distinzioni di sorta se si ha riguardo solo al contenuto del precetto.

A diversa conclusione si deve giungere se si considera l'elemento formale delle varie categorie di norme.

Qui la distinzione è possibile e logica; e si capisce anche facilmente perchè la consuetudine in ogni campo, anche nel diritto costituzionale, deve, per essere fonte di diritto, derivare la sua forza

(18) Così ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale* negli Studi di dir. pubblico in onore di O. Ranelletti, Padova, 1931, II, p. 222.

obbligatoria dalla volontà dello Stato. La sola differenza è questa: che nel diritto costituzionale, per le ragioni che ora esporrò, la consuetudine deriva la sua forza obbligatoria in modo diretto o immediato, mentre in ogni altro ramo del diritto (pubblico o privato) la forza obbligatoria è sempre data dallo Stato, ma in modo indiretto e mediato, ossia sul fondamento di una legge.

Ho detto che la differenza fra consuetudine e norma giuridica è solo di carattere formale. Difatti la norma giuridica è sempre espressione di volontà statuale perchè, appunto, la sua forza obbligatoria deriva sempre da una volontà esterna ai destinatari e indipendente, ossia da un potere originario di impero.

Quando si usa l'espressione "diritto consuetudinario", in senso proprio si vuole effettivamente esprimere questo concetto: che, cioè, l'elemento formale ossia l'imperativo giuridico, di cui la consuetudine come forza in sè è sempre sfornita, è eccezionalmente dato pure ad essa per volere dello Stato. Giova subito dire, salvo insistere poi, che non ha importanza il modo o la forma con la quale la volontà sovrana dello Stato dà a una norma l'imperativo giuridico. La regola è questa: che la volontà dello Stato munisce di imperativo giuridico la consuetudine richiamandola in una norma scritta, sia essa contenuta in un codice o in una legge speciale e che è già espressa manifestazione di volontà statuale; perciò si dice che la consuetudine ha solo valore sul fondamento di una legge, nel senso appunto che con tale richiamo si attribuisce alla consuetudine forza obbligatoria o, in altre parole, le viene dato anche l'imperativo giuridico. E questa regola, quanto al modo col quale l'imperativo giuridico è dato, soffre una sola eccezione per le consuetudini costituzionali.

5. — Posto il principio che la sola fonte dell'imperativo giuridico ossia dell'elemento formale della norma giuridica è la volontà dello Stato, rimane a vedere se anche la consuetudine costituzionale deriva la sua forza obbligatoria dallo Stato o, in altre parole, se è pur essa manifestazione di volontà degli organi supremi statuali. E solo a questa condizione, mi sembra, si può dire che la consuetudine è fonte di diritto costituzionale, perchè solo a questa condizione si può stabilire una equivalenza fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

A questo riguardo basta richiamare le osservazioni già fatte. Una consuetudine costituzionale può formarsi solo per regolare dati rapporti, non regolati per legge, fra potere legislativo e potere esecutivo. Gli organi di questi poteri sono organi immediati o costituzionali; e, tanto nell'esercizio delle loro funzioni quanto nei loro reciproci rapporti, questi organi esprimono sempre e necessariamente la volontà dello Stato.

Quando un organo costituzionale, nei suoi rapporti con altri organi, tiene sempre, costantemente, uno stesso comportamento vuol dire che è obbligato, ossia che nei suoi confronti e per quel dato rapporto vi è un imperativo che è giuridico perchè posto dallo Stato. Si capisce che quando la volontà dello Stato vuole obbligare un organo costituzionale a seguire una data linea di condotta non ha bisogno di porre sempre e per ogni rapporto l'imperativo giuridico, esplicitamente, in una legge. Dato infatti che sono gli organi costituzionali che esprimono la volontà dello Stato non vi è difficoltà ad ammettere che il comportamento, tenuto in modo uniforme e con la convinzione della sua necessità da uno qualunque di questi organi, vincola questo stesso organo di fronte agli altri. La volontà legislativa dello Stato, espressa a mezzo dei suoi organi, non è tutta e soltanto nella legge.

Si può quindi dire che la volontà dello Stato pone imperativi giuridici agli organi costituzionali e a questi soli anche senza una dichiarazione legislativa. L'imperativo giuridico, espressamente dichiarato, è indispensabile quando deve imporsi a soggetti privati; ma quando il comando è rivolto ad organi costituzionali si può dire che vi è sempre un imperativo giuridico ogni qualvolta si può desumere, dal loro comportamento, che si ritengono obbligati a compiere determinati atti o fatti, in un modo piuttosto che nell'altro, nei loro reciproci rapporti.

Così si forma la consuetudine costituzionale che vincola gli organi costituzionali, in quanto è, appunto, espressione di volontà statuale. E la volontà dello Stato espressa in quella forma, avuto riguardo ai soggetti cui si impone (organi costituzionali) e ai rapporti che deve disciplinare, ha egual forza e pone l'imperativo giuridico che di solito è dato alla consuetudine in modo indiretto e cioè rinviando alla legge. La consuetudine è perciò fonte di diritto costituzionale perchè essa pure, così come la norma giuridica, deriva

dalla volontà dello Stato (19); ed ha quindi anche l'imperativo giuridico cioè l'elemento formale della norma.

Tutto il problema della efficacia della consuetudine, come fonte di diritto costituzionale, si riduce a questa constatazione: che gli imperativi giuridici, quando sono rivolti agli organi costituzionali, non richiedono una esplicita formulazione, ma ben se ne può dedurre la esistenza implicitamente, ossia avendo riguardo al comportamento degli organi.

Si può dunque concludere che la volontà dello Stato espressa in quella forma, cioè a mezzo della pratica costante e uniforme, è volontà capace di porre imperativi giuridici perchè i destinatari dell'imperativo giuridico sono organi immediati o costituzionali, e l'uso si forma nei loro reciproci rapporti.

Da questi principi si possono poi ricavare importanti conseguenze. In particolare:

a) rimane confermata l'osservazione già fatta all'inizio che la questione della efficacia della consuetudine costituzionale è questione a sè e deve essere risolta con criteri che, pur uniformandosi a premesse generali, sono propri e particolari alla materia, cioè al diritto costituzionale;

b) è vero che i rapporti che possono ricadere sotto la disciplina del diritto consuetudinario sono necessariamente circoscritti alle funzioni del potere esecutivo e legislativo. Quindi non si può confondere la consuetudine costituzionale in senso proprio, che è fonte di diritto, colla correttezza costituzionale che non ha invece valore giuridico e che ha una sfera d'azione ben più ampia;

c) non si possono seguire altre teorie, cui si fa richiamo, per giustificare la forza obbligatoria della consuetudine nel diritto costituzionale.

Questi ultimi due punti meritano però qualche altro chiarimento.

6. — Il complesso di regole che va sotto il nome di correttezza costituzionale, come è stato autorevolmente spiegato, non è diritto; è morale politica; è buon uso dei poteri discrezionali; è impegno

(19) Per un cenno a questa tesi, senza però darne dimostrazione, FERRACIU, *op. cit.*, 1919, p. 44.

d'onore fra i partiti, educazione politica fra i singoli, mutua deferenza, rispetto, cortesia fra i pubblici poteri (20).

Che non si debba contestare il valore sociale di queste regole che, per così dire, stanno ai margini del diritto, mi pare fuori di discussione. Ma, a me sembra altrettanto evidente che si debba negare a queste regole qualsiasi importanza dal punto di vista strettamente giuridico. Difatti, se si ha riguardo alla tesi sopra esposta, è chiaro che le norme di etichetta, di cerimoniale, di prassi costituzionale non sono manifestazioni di volontà dello Stato. Potranno quelle regole essere osservate per motivi di onore, di lealtà, di rispetto, ma ciò non basta a dar vita all'*opinio necessitatis* che è elemento essenziale della consuetudine. E alle regole di correttezza costituzionale manca, poi, l'imperativo giuridico ossia l'elemento formale che è invece proprio della norma giuridica e della norma di diritto consuetudinario, sia quest'ultima di diritto privato o di diritto pubblico non escluso, come si è visto, il diritto costituzionale.

E quindi le cosiddette regole convenzionali del diritto inglese, delle quali tanto largamente si è occupata la dottrina italiana e straniera (21), non sono diritto. Possono, se mai, essere norme sussidiarie

(20) Così ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* in *Riv. di dir. pubblico*, 1909, I, p. 485.

(21) Sulla questione della natura e del valore delle regole convenzionali sono ormai ben note alcune tesi sostenute dagli scrittori inglesi e tedeschi. Per la esposizione delle teorie del RADNITZKY, HATSCHKE, JELLINEK, v. RAGGI, *op. cit.*, p. 443 sgg. Per la dottrina del FREEMAN e del DICEY, v. FERRACCIU, *op. cit.*, 1921; per qualche cenno anche ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale cit.*, p. 495, 499.

V. inoltre per la dottrina inglese: ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre-Le Parlement*, Parigi, 1903, il quale definisce le regole convenzionali come "adattamenti incoscienti della pratica alle esigenze del momento", e afferma che la trasgressione a queste regole non lede alcun diritto pubblico o privato; LOWELL, *Governement of England*, New York, 1912, II, il quale accetta la denominazione usata dal DICEY di "*conventions of constitution*", e distingue nettamente quelle che egli chiama consuetudini costituzionali delle leggi e dal *common-law*; v. anche BRYCE, *La république américaine*, Parigi, 1900, I, p. 552.

V., poi, più di recente, per la dottrina tedesca: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, Tubingen, 1923, p. 103, il quale afferma che, talora, dagli organi statuali si osservano delle regole che sono in antitesi con le norme di diritto. Ciò — egli dice — avviene per errore, perchè mentre si crede di osservare una norma giuridica in realtà se ne osserva una di fatto; questa prassi può diventare diritto per mezzo della consuetudine; però si rimane sempre in uno stadio pre-

a quelle giuridiche; potranno anche, per volontà dello Stato, trasformarsi in norme giuridiche; ma non sono dunque, per ciò solo, norme giuridiche.

Anche nell'ordinamento giuridico inglese dove le norme consuetudinarie regolano molti rapporti, mentre più ristretta è la sfera d'applicazione delle norme poste dal Parlamento, le cosiddette convenzioni rimangono ben distinte dalla consuetudine. Difatti, anche nell'ordinamento giuridico inglese, la consuetudine ha valore per volontà dello Stato (22). È lo Stato che rinvia il giudice alla consuetudine piuttosto che a norme poste direttamente dagli organi legi-

giuridico e quindi spiegabile solo dal punto di vista sociologico delle scienze dell'essere (*Seinswissenschaften*), ma non dal punto di vista giuridico perchè qui si presuppongono norme giuridiche già formate. Le regole convenzionali perciò non sono diritto. V., poi, SCHEUNER, *Ueber die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssysteme in Arch. des öff. Rechts*, 1927, vol. 13, fasc. 2-3, p. 209-233, 337-380, il quale, studiando il regime parlamentare, nota che ben poche sono le regole giuridiche che lo disciplinano; suppliscono le consuetudini e gli usi convenzionali; e le regole convenzionali non altro sono che la espressione particolare e secondaria del sistema parlamentare. Nega, infine, che le regole convenzionali siano norme giuridiche e chiama queste regole norme collettive, perchè la la sanzione deriva dal non aver seguito la volontà sociale, il ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Lipsia e Vienna, 1929, p. 227 sgg.

Per la dottrina italiana, oltre gli autori già ricordati, cfr. anche: BRUNIALTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Torino, 1900, vol. I, p. 183; CRISCUOLI, *Sul fondamento giuridico del Governo di Gabinetto*, Roma, 1919, p. 13 sgg.; MICELI, *Principi di dir. costituzionale italiano*, Torino, 1913, p. 75; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di dir. costituzionale it.*, Torino, 1913, p. 613; CARISTIA, *op. cit.*, p. 63; SIOTTO PINTOR in *Foro it.*, 1907, II, 369, e nella recensione al lavoro del FERRACCIU sulle consuetudini costituzionali in *Archivio giuridico*, 1922, vol. IV, p. 106 sgg., il quale pone l'eguaglianza fra diritto e legge e perciò le regole convenzionali — che egli chiama consuetudini costituzionali — non sono norme giuridiche. E per alcune altre interessanti questioni sulla natura delle regole cavalleresche, in relazione alle norme di diritto consuetudinario, v. pure dello stesso autore, *Riflessioni sul tema della consuetudine nel diritto interno* in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, cit., II, p. 255.

(22) Il che, d'altra parte, è implicitamente riconosciuto da molti scrittori inglesi i quali ammettono che vicino alla legge e al *common-law* si è formata la costituzione convenzionale e distinguono le "conventions", dalla consuetudine la quale si riconduce alla legge. In questo senso: FREEMAN *The Growth of the English Constitution*, 1872, p. 109 sgg.; DICEY *Introduction to the Study of the Constitution*, London, 1910, p. 24 sgg.

slativi (23). L'imperativo giuridico, dunque, che dà efficacia alla consuetudine, come fonte di diritto, non manca neppure qui, mentre tale elemento non si trova nelle regole convenzionali.

Perciò non si può accedere all'opinione di coloro che considerano le regole convenzionali vere e proprie norme giuridiche; e rimangono anche ben distinte le regole convenzionali dalle norme consuetudinarie in senso proprio che sono diritto anche se la forza cogente sia loro data, in ogni caso, per volontà dello Stato, ma in forma diversa: e cioè con un richiamo alla legge oppure, come è per le consuetudini costituzionali, in modo diretto o immediato. È certo, poi, che il campo proprio entro cui queste norme di prassi costituzionale possono spiegare la loro influenza è ben più vasto di quanto non sia la sfera limitata dei rapporti che possono ricadere sotto la disciplina del diritto consuetudinario.

Infatti se la consuetudine costituzionale è espressione di volontà statuale è vero che essa può formarsi solo fra organi che quella volontà esprimono cioè fra organi costituzionali o immediati. Ciò non è invece per le regole convenzionali o di prassi costituzionale le quali trovano applicazione anche e specialmente al di fuori dei rapporti fra potere esecutivo e legislativo. Quindi, anche in pratica, non è difficile stabilire se una data regola è soltanto prassi o correttezza costituzionale o non piuttosto vera e propria norma giuridica consuetudinaria.

Perciò si può dire che, sia per l'origine e l'intima natura, sia per i rapporti che regolano, sia per la mancanza dell'elemento formale, i principi di correttezza costituzionale rimangono ben distinti dalla norma di diritto costituzionale, anche se questa si è formata per mezzo della consuetudine.

7. — Se si accettano le conclusioni sopra formulate, pure in armonia col principio che il fondamento di ogni norma giuridica debba ricercarsi nella volontà dello Stato, non si vede per quale ragione sarebbe senz'altro preferibile rinunciare ad una giustificazione razionale della forza obbligatoria del diritto consuetudinario, spe-

(23) Così, esattamente, ROVELLI, *op. cit.*, p. 224.

cialmente nel campo del diritto costituzionale (24), a parte poi che una siffatta soluzione non può soddisfare in alcun modo. Nè occorre, d'altra parte, andare all'eccesso opposto affermando che la forza obbligatoria della consuetudine dipende da varie cause a seconda della diversa natura dei rapporti da essa regolati (25), perchè, come si è detto, in ogni caso il fondamento della obbligatorietà giuridica della consuetudine può derivare solo dalla volontà dello Stato.

È risaputo, anche, che per opera di illustri giuristi della cosiddetta scuola storica si è tentato di dar ragione della efficacia della consuetudine in altro modo. Stabilito, infatti, come punto di partenza che il diritto consuetudinario è quello che viene osservato di fatto senza che la autorità dello Stato lo abbia dichiarato come norma ed accompagnato da diretta sanzione, si è poi concluso che la forza obbligatoria alla consuetudine è data dalla coscienza popolare la quale l'accetta e la riconosce come diritto, cioè come norma che deve regolare quel dato rapporto (26). Qui non mi è concesso di entrare in molti particolari; ad ogni modo la indeterminatezza e la nessuna consistenza del concetto di "coscienza o convinzione popolare", ha già formato oggetto di ampio esame e di larghe critiche da parte di autorevoli scrittori. Una rigorosa argomentazione giuridica non può quindi fondarsi su quelle premesse le quali, oltre che dall'elemento formale, obbligherebbero anche a prescindere in modo assoluto dall'elemento esterno della consuetudine per attribuire esclusiva importanza all'elemento interno.

Nè si può dire che manchi la sanzione quando, come avviene di regola nel nostro ordinamento giuridico positivo, la consuetudine attinge il carattere di fonte del diritto per mezzo della legge che è manifestazione di volontà dello Stato.

E la sanzione non manca neppure per il caso, tutto particolare, delle consuetudini costituzionali, quando — s' intende — non si voglia insistere sul significato rigoroso giuridico di "sanzione", la quale, ad ogni modo e anche in tale significato, è un istituto che rinforza

(24) V., su ciò, gli scrittori ricordati da GENY (F.), *op. cit.*, I, p. 336, 337, nelle numerose note.

(25) Ciò afferma il FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 41.

(26) Per questa tesi e per un compiuto esame della dottrina del SAVIGNY, con riferimento al tema delle consuetudini costituzionali, cfr., specialmente, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

l'imperativo giuridico ma non è la fonte dell'imperativo giuridico. Nel concetto di sanzione, in senso ampio, si può perciò includere la così detta riprovazione sociale o politica. Ad ogni modo anche leggi formali costituzionali possono mancare di sanzione in senso stretto; quindi non può stupire che manchino di sanzione in senso stretto anche le consuetudini costituzionali, senza che per questo debbano cessare di essere norme giuridiche.

È dunque vero che la volontà dello Stato pone norme che sono giuridiche perchè derivano da quella volontà, la quale vincola e obbliga gli organi costituzionali indipendentemente da una esplicita dichiarazione legislativa.

Come si vede, per dare una base attendibile alla efficacia obbligatoria della consuetudine costituzionale non v'è affatto bisogno di ricorrere neppure alla teoria del consenso tacito degli organi legislativi (27); teoria che non manca di sostenitori e che ha in parte determinato la reazione della scuola storica. È certo, infatti, che negli Stati moderni quando la dichiarazione di volontà dello Stato avviene sotto forma di legge è collegata con una tale molteplicità di forme e concorso di organi vari che non si comprende affatto la compatibilità di tali condizioni con la possibilità di un consenso tacito. Ma, appunto per ciò, se il rilievo toglie ogni valore a siffatta teorica, nulla oppone alla tesi qui difesa, e cioè che quando la volontà dello Stato deve imporsi ad organi costituzionali non sempre e necessariamente deve esprimersi sotto forma di legge.

In altri termini: è vero che quando la volontà dello Stato si esprime per mezzo della legge questa si viene formando attraverso un procedimento speciale tanto per la forma quanto per gli organi che vi debbono concorrere. Ma se lo Statuto con un complesso di norme regola la formazione della legge, come espressione di volontà dello Stato, non perciò è detto che la volontà dello Stato debba sempre ed in ogni campo, per tutti i rapporti, e qualunque sia il soggetto, manifestarsi a quel modo.

Perciò, appunto, nel diritto costituzionale trova posto, come fonte autonoma al di fuori della legge, la consuetudine.

La tesi qui sostenuta sembra che, almeno limitatamente al problema della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale,

(27) Contro questa dottrina, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

eviti anche di risalire a questioni ben più complesse ed il cui fondamento è ad ogni modo assai discutibile.

In particolare: non è affatto necessario ammettere che l'ordinamento giuridico abbia lacune, perchè l'ordinamento giuridico può essere necessariamente completo (art. 3 disp. prel. cod. civ.) anche se non tutti gli istituti formano oggetto di regolamento da parte di una norma scritta. Se il diritto è il complesso delle norme che derivano dalla volontà dello Stato non si può dire, infatti, che vi siano lacune quando è pur sempre la volontà dello Stato che, in diverso modo, dà efficacia alla consuetudine. Nè, per contro, la dottrina della completezza dell'ordinamento giuridico (28) porta necessariamente ad escludere la consuetudine come fonte di diritto costituzionale. Il solo presupposto che, in ossequio a questa dottrina, si deve ammettere è questo: che l'imperativo giuridico non è in ogni caso dato in forma di richiamo legislativo pur essendo sempre espressione di volontà dello Stato.

Si può poi osservare, a mio modesto avviso, che tanto coloro che negano quanto coloro che ammettono la esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico non pongono troppa cura nel precisare il punto di vista dal quale esaminano la questione. Per il giudice, che deve risolvere ogni caso col solo sussidio del diritto positivo e col solo mezzo, quindi, che l'ordinamento giuridico fornisce, non vi sono lacune. L'ordinamento giuridico è necessariamente completo. La questione, quindi, da questo lato o in senso tecnico non ha, mi sembra, ragione di essere posta. Ad altra conclusione bisogna giungere se ci si pone al di fuori dell'ordinamento giuridico ossia se in sede di valutazione critica si ammette la esistenza di lacune perchè l'ordinamento giuridico, anche nella sua espansione logica, non soddisfa a tutte le esigenze o a tutti i bisogni sociali e molti istituti non sono dalla legge regolati.

Ad ogni modo si può aggiungere che il disaccordo su questa questione, forse più apparente che reale — come è stato osservato — (29), non toglie che anche chi consente nel principio generale della com-

(28) Per questa dottrina v. DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 28 sgg., et ivi tutta la bibliografia citata.

(29) Cfr. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto* in *Riv. di dir. civile*, 1924, n. 3, p. 273, nota 3. Per la dottrina che ammette la esistenza di la-

pletezza debba poi attenuare di molto la portata di tale principio nel campo del diritto costituzionale (30); e perciò sembra tanto più discutibile il ricollegare alla dottrina della inesistenza di lacune nell'ordinamento giuridico la tesi che nega efficacia alla consuetudine quando non sia riconosciuta dalla legge. Nè si può, a questo proposito, dimenticare che la norma consuetudinaria di diritto costituzionale ha per iscopo di regolare il modo di agire degli organi dello Stato e non già quello di vincolare l'azione dei cittadini come tali; per ciò, anche indipendentemente dall'esame relativo ad ogni ordinamento giuridico, avuto riguardo al modo di formazione della consuetudine e ai soggetti cui si riferisce, ben si può ad essa riconoscere efficacia senza bisogno di richiamo della legge.

8. — È noto che la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale, pur presentando interesse da un punto di vista assai più generale, è stata specialmente discussa da quegli scrittori che hanno ritenuto appunto di poter giustificare per mezzo della consuetudine la introduzione del governo parlamentare in Italia e con esso l'istituto del Gabinetto (31). Questa tesi ebbe però strenui oppositori.

Si è detto che questa forma di governo venne attuata fin dalla prima instaurazione del regime libero nel Regno Sardo, interpretando in quel senso le disposizioni dello Statuto; si sarebbe quindi formata una consuetudine non in senso proprio ma soltanto interpretativa (32). Altri ha osservato che la forma parlamentare di governo, fin dal primo istante della nostra vita costituzionale, doveva considerarsi come qual cosa di obbligatorio e tale obbligatorietà, non potendo derivare dalla consuetudine, doveva necessariamente derivare dalla legge: il Governo di Gabinetto in Italia avrebbe dunque trovato la sua base nell'art. 65

cune oltre la bibliografia ricordata dal ROTONDI, v. specialmente DONATI, *op. cit.*, p. 3 nota 2. In particolare, per la impossibilità di ammettere che la volontà del legislatore sia tutta e solo nella legge scritta, v. GENY (F.), *op. cit.*, I, p. 242, 312 et ivi tutte le altre opere citate nelle note.

(30) Così lo stesso DONATI, *op. cit.*, p. 147.

(31) In questo senso RAGGI, *op. cit.*, p. 439 sgg.

(32) Così RANELLETTI, *Principii cit.*, p. 29, nota 32.

dello Statuto (33). Di fronte a coloro, infine, che negavano senz'altro al governo parlamentare carattere di istituto giuridico, molto autorevolmente, si è sostenuto che, pur essendo vere norme giuridiche quelle in base alle quali in Italia si osservava il sistema parlamentare di governo, tale istituto ben poteva giustificarsi facendo ricorso ai principi generali del diritto (34).

Queste ed altre opinioni vennero già largamente vagliate e discusse; e qui non mette conto di ripetere quanto, assai bene, fu chiarito (35).

Indubbiamente, se si ha riguardo agli elementi propri della consuetudine, non si può ammettere che, sin dall'inizio, il governo parlamentare potesse giustificarsi su questa base; e quindi non può valere il rilievo che tale forma di reggimento politico venne da noi importata e trapiantata con tutti i precedenti consuetudinari già sviluppati in altri paesi (36), tanto più che questi precedenti consuetudinari — come pure fu chiarito — erano in molta parte diversi (37).

È però vero, a me sembra, che la tesi della consuetudine interpretativa non esclude necessariamente l'altra che, cioè, riconosce fondamento giuridico al sistema di governo parlamentare, sistema che si sarebbe attuato in Italia per mezzo della consuetudine in senso proprio. Non vi è, insomma, nessuna difficoltà logica ad ammettere che nei primi anni fu la interpretazione di alcune norme statutarie che diede vita al governo parlamentare, ma poi la pratica costante ed uniforme e la convinzione della obbligatorietà, relativamente alla disciplina di dati rapporti fra potere esecutivo e legislativo, consentirono il formarsi di una vera e propria consuetudine giuridica.

Ad ogni modo è inutile insistere su queste questioni che hanno ormai solo importanza storica.

È certo, infatti, che dopo la legge 24 dicembre 1925, n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo, Primo ministro, Segretario di Stato, si può dire, con sicurezza, che il nostro sistema

(33) È questa la tesi del DONATI, *op. cit.*, p. 150 sgg.

(34) V. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 493.

(35) Per la confutazione delle tesi sommariamente accennate nel testo v. il già citato lavoro del RAGGI.

(36) Contro DI PISA, *Le fonti del diritto*, Milano, 1920, p. 74.

(37) In questo senso e sullo sviluppo dello Stato parlamentare in Inghilterra, v., specialmente, CROSA, *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e in Germania*, Pavia, 1929, p. 41, 44, 56, et ivi tutta la bibliografia citata.

di governo non è più il sistema parlamentare. I criteri che debbono valere per la formazione e la caduta di un ministero, nel Governo parlamentare, non trovano più applicazione colla nuova forma di governo instaurata nello Stato italiano (38).

Come è stato detto nella relazione ministeriale al disegno di legge "l'indirizzo generale del governo è materia riservata al Primo ministro; l'organo che riduce ad unità l'azione dei ministri è il Primo Ministro, non il Consiglio dei ministri". Se, dunque, i ministri agiscono sotto la direzione del Primo Ministro e la loro opera individuale può esplicarsi solo nel campo tecnico della materia del dicastero e, d'altra parte, solo il Capo del Governo è responsabile direttamente e personalmente verso il Re dell'indirizzo generale politico, mentre i ministri sono responsabili verso il Re e il Capo del Governo di tutti gli atti inerenti al proprio ministero, bisogna ammettere che, con tale sistema, si è posto in essere un rapporto di subordinazione in senso ampio fra ministri e Capo del Governo, anche se non si vuole qualificare tale rapporto come rapporto gerarchico (39). Comunque giova ancora osservare che nessuna influenza possono più avere le Camere nella nomina e nella caduta di ministri e di ministeri. La legge 9 dicembre 1928 sul Gran Consiglio del Fascismo pone nella competenza di quest'organo formare e tenere aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona in caso di vacanza per la nomina del Capo del Governo e la lista delle persone che in caso di vacanza esso reputa idonee ad assumere funzioni di governo (40).

Dai principi brevemente esposti risulta pure che non vi può essere dissenso fra i ministri circa l'indirizzo politico da seguire, e quindi crisi ministeriale, perchè questa materia è riservata al Primo Ministro. I ministri dissenzienti debbono dimettersi e le opinioni o la fiducia del Parlamento non sono più decisive. Come si vede, a

(38) Su ciò RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1930, p. 189 sgg.

(39) Tale rapporto non potrebbe, secondo il RANELLETTI, *op. cit.*, p. 189, qualificarsi come gerarchico per la ragione che i principi che reggono i rapporti di gerarchia nella nostra amministrazione non consentono di considerare come gerarchico il rapporto fra Ministri e Primo Ministro.

(40) Si tratta però solo di proposte che hanno valore consultivo e non vincono la Corona. V. per il commento alla legge e alla disposizione ricordata nel testo, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 213.

parte le difficoltà di definire il nuovo ordinamento giuridico, è certo che con la legge sopra ricordata sono stati decisamente abbandonati i principi sui quali poggia il Governo parlamentare.

Un rilievo interessante, per il tema di cui mi occupo, può essere questo: che i soli rapporti fra Governo e Parlamento, prima regolati in molta parte dalla consuetudine, non sono stati neppur ora dalla nuova legge regolati. Nella relazione del Governo è detto che questi rapporti sono di carattere essenzialmente politico e sfuggono ad una definizione legislativa. Si può, anzi, aggiungere che questi rapporti non solo sfuggono a una definizione legislativa, data con legge in senso formale, ma anche a una regolamentazione a mezzo di consuetudine; e ciò per la natura essenzialmente diversa che hanno acquistato, dopo la citata legge, i rapporti fra Governo e Parlamento.

Ad ogni modo tutta la parte che si riferisce al Primo Ministro, alla necessità dell'accordo politico fra i membri del Gabinetto, alle crisi ministeriali che nell'ordinamento precedente era, almeno da molti autori, considerata come materia propria del diritto consuetudinario, è stata ora, con le nuove leggi, per ciò che attiene a qualche istituto positivamente regolata, mentre altri istituti sono venuti meno perchè manifestamente incompatibili coi nuovi principi introdotti.

Da queste brevi osservazioni è facile dedurre che la consuetudine costituzionale ha ora, nel nostro ordinamento, una importanza assai minore. Ciò per altro non autorizza a ritenere che la legge, la quale si è sostituita nel regolamento di molti rapporti prima lasciati alle norme consuetudinarie, ha tolto senz'altro di mezzo la consuetudine come fonte di diritto costituzionale italiano.

Vi sono ancora istituti che non possono giustificarsi se non facendo ricorso al diritto consuetudinario. Fra questi si può ricordare la luogotenenza (41) che si è attuata in Italia ripetute volte per volontà regia, mentre le nostre leggi fondamentali non conoscono questo istituto. Infine, malgrado le nuove tendenze siano piuttosto nel senso di voler regolare ogni rapporto ed ogni istituto con espresse manifestazioni di volontà statuale, ossia con leggi, non è a escludersi che altre consuetudini possano formarsi. E, d'altra

(41) Su questo istituto v. MARCHI (T.), *Le luogotenenze generali* (1848-1913) nel dir. costituzionale it., Roma, 1918; IDEM, *Le luogotenenze regionali nell'ordinamento costituzionale e amministrativo italiano*, Roma, 1920.

parte, ciò che prima era vera e propria consuetudine giuridica potrà, ora, trasformarsi in norma di correttezza costituzionale.

Così, come è noto, nella forma parlamentare di governo il ministero era obbligato a presentarsi alla Camera per ottenere il voto di fiducia; ora, nel nuovo sistema, pur non potendo avere il voto della Camera alcuna efficacia giuridica, tuttavia potrà ancora valere, come fatto che trova la sua spiegazione nelle regole di correttezza costituzionale, il principio per il quale il Governo e il nuovo Primo Ministro, nominato dagli organi competenti, si presentano alla Camera per ottenerne la approvazione.

CARLO GIROLA

RECENSIONI

ANGELO VERGA: *Le comunioni tacite familiari*, Vol. II della collana di Studi di Diritto Privato, diretta dal Prof. MARIO ROTONDI, Cedam, Padova 1930, 8. pp. XVIII, 302, L. 35.

Si tratta di un'opera molto interessante, sia dal punto di vista scientifico sia dal punto di vista della pratica. Essa è destinata a colmare una lacuna in un campo che solo di recente ha attirato su di sé l'attenzione dei giuristi, in vista specialmente delle riforme che si annunziano prossime, e soprattutto della grande importanza che i rapporti concernenti l'agricoltura vanno assumendo nella società moderna.

Meritevole quindi del miglior elogio questa fatica del Verga che, scegliendo un tema del massimo interesse, ha voluto lavorare in un campo non certo facile e per ciò stesso forse sinora trascurato.

Lo studio dei consorzi taciti familiari richiedeva necessariamente una ricerca storica accuratissima, soprattutto per quel che riguarda l'origine storica dell'istituto (è esso di origine germanistica o romanistica?), ed il suo regolamento nel diritto comune (dottrina della fraterna). A questo scopo destina infatti il Verga il capitolo secondo del suo lavoro, (pag. 11 - 69) criticando la teoria che vuole che tali consorzi siano di origine germanica ed accogliendo quella del Tamassia che li ritiene di origine Romana.

Ma quali norme regolano oggi questi consorzi familiari?

La risposta a questa domanda, dato il silenzio del nostro codice al riguardo, involge una indagine su problemi generali, quali quello sull'interpretazione della legge e sul modo di colmarne le lacune. Allo studio di questo problema dedica il Verga il terzo capitolo del suo lavoro (pag. 71-117) giungendo alle seguenti principali conclusioni:

a) In base alla interpretazione dell'art. 48 disp. trans. gli istituti

non contemplati nel codice nè in leggi speciali (nel caso in esame i consorzi taciti familiari) debbono venire disciplinati da quelle norme che li regolavano prima dell'entrata in vigore del codice civile.

b) Poichè i consorzi familiari erano regolati dalle norme di diritto comune (*opinio doctorum* e consuetudini) e, solo in alcuni Stati, da particolari disposizioni legislative, sarebbero queste stesse norme quelle che ancor oggi dovrebbero regolare questo istituto.

A tale conclusione il Verga perviene dopo un'accurata analisi e critica delle diverse dottrine, che ritengono impossibile un ricorso a norme e consuetudini precedenti al nostro codice. Un tale ricorso presupporrebbe infatti delle lacune nella nostra legge, lacune che non dovrebbero esistere perchè, per l'art. 3 disposizioni preliminari cod. civ., l'analogia ed i principi generali del diritto forniscono i mezzi per la regolamentazione di un qualunque nuovo rapporto od istituto non contemplato espressamente nè nel codice nè in leggi speciali.

Il Verga critica però questa teoria, ponendo in rilievo il fatto che con essa l'art. 48 disposizioni transitorie verrebbe interamente privato di ogni valore (pag. 76 n. 12). “ Occorre prima vedere se una legge o scritta nel codice, o da esso richiamata, disponga „, conclude il Verga; “ solo quando si sia constatata la mancanza di una tale norma si deve far luogo all'applicazione dell'art. 3 delle preleggi „ (pag. 81). Opinione questa molto combattuta in dottrina, e che non ritengo possa dirsi prevalente in giurisprudenza solo perchè una sentenza della Corte di Venezia del 1917 (cit. dal Verga a nota 2 pag. 76) la ha accolta. Essa però non può venire che accennata, chè, in questo luogo, una trattazione del complesso argomento od un commento condurrebbero indubbiamente troppo lontano.

Esamina quindi il Verga l'altra questione fondamentale: sono i consorzi taciti familiari regolati nel codice civile od in qualche altra legge posteriore, in modo che ad essi sia possibile applicare le norme del diritto antico?

Tra le due teorie estreme che si contendono il campo (quella, sostenuta dal Fadda e Bensa, che interpreta la disposizione dell'art. 48 disposizioni transitorie nel senso che da tutto il campo del diritto privato sono escluse tutte quelle norme che non siano quelle scritte nel codice; e l'altra, sostenuta dal Brugi, per cui basterebbe trovare nel titolo del codice un punto poco trattato per richiamare il diritto antico), il Verga sceglie la tesi intermedia.

La parola “ materia „ usata nell'art. 48 cit. deve, secondo il

Verga, venire interpretata nel senso di “ complesso autonomo ed organico di rapporti giuridici ”, dimodochè “ ogni qualvolta a questi rapporti, considerati nel loro complesso e nella loro finalità, e già disciplinati in ordinamenti anteriori al codice, la legge non abbia dedicato una specifica disciplina, sia essa sufficiente o no, si dirà che ci troviamo di fronte a una materia che non ha formato oggetto del codice, a norma dell'art. 48 disp. trans. cod. civ. ”.

Ma, anche ammesso che una materia non sia stata regolata dalla legge, è necessario esaminare se le norme che questa materia regolavano prima della codificazione siano compatibili con la nuova legislazione. Problema anche questo molto dibattuto nella dottrina, specialmente nei riguardi della questione della efficacia delle norme del diritto canonico per le materie non regolate dal codice civile.

Il Verga ritiene che i campi di applicazione dell'art. 48 disp. trans. cod. civ. ed art. 5 delle preleggi si escludano vicendevolmente (pag. 95 e segg.) e che non possa parlarsi di incompatibilità tra le antiche leggi ed i principi generali, quali si desumono dalle norme espresse della nuova legislazione.

Solo taluni particolari aspetti della materia regolata in precedenza dal diritto antico possono urtare con norme espresse nella nuova legislazione, e solo per questi particolari aspetti vigeranno, secondo il Verga, le nuove norme (pag. 101).

Per quel che riflette i consorzi taciti familiari ritiene il Verga che nessuna norma possa trovarsi nel nostro codice che li regoli o possa regolare. Questo istituto non può venire compreso e regolato nè sotto il titolo della società nè sotto quello della comunione, ad esso non possono applicarsi che le norme di diritto consuetudinario che lo regolavano per diritto comune. Ma in base a quale disposto di legge tali consuetudini possono venire richiamate?

Il Verga combatte la tesi dell'Arcangeli (il quale ha ritenuto che i consorzi taciti siano delle società vere e proprie, e per taluni aspetti siano quindi ancora da applicarsi per esse le norme del cod. civ. art. 1706 e 1729) e quella del Barassi, il quale ha escluso che queste antiche consuetudini possano essere richiamate attraverso l'art. 48 disp. trans., in quanto esse lo sarebbero solo in base agli art. 1654 e 1124 cod. civ.

Secondo il Verga le consuetudini richiamate dall'art. 1654 si riferiscono solo ai rapporti tra colono e padrone e non anche alle relazioni dei coloni fra loro; nessuna importanza avrebbe quindi

tale articolo per le consuetudini che riguardano i consorzi familiari. Le norme che governano ancor oggi questo istituto non sono, sempre secondo il Verga, quelle sole consuetudinarie vigenti per diritto comune, ma anche quelle leggi che le regolavano anteriormente all'entrata in vigore del nostro codice, e queste ultime norme non possono essere richiamate che attraverso il disposto dell'art. 48 disp. trans. del cod. civ. (pag. 116, 117).

Il capitolo IV è dedicato dal Verga allo studio della natura giuridica dei consorzi taciti familiari.

Tale ricerca è infatti necessaria, anche accogliendosi la tesi che tali consorzi afferma ancor oggi soggetti alle norme che li regolavano per diritto comune. Tali norme, osserva giustamente il Verga, per effetto della loro implicita ricezione ex art. 48 disp. trans. cod. civ. "sono entrate a far parte del nostro sistema di diritto, e pertanto, rispetto ad esse, come a qualsiasi altra norma scritta nel codice, può porsi il problema della loro natura giuridica", (pag. 120).

Dopo queste premesse, il Verga passa in diligente esame le varie teorie principali; quella che, propugnata dal Vita Levi, e seguita in giurisprudenza, tenta di ricondurre l'istituto sotto la disciplina dei quasi contratti; quella sostenuta dal Bonfante e anche, ma con qualche perplessità dall'Osti, che in questi consorzi familiari vede una figura di comunione, non riconosciuta come tale dal codice ma costretta sotto le regole del condominio, l'altra che considera l'istituto come una forma di comunione a mani riunite (Ferrara F. - Scialoia A.), ed infine quella che, sostenuta da numerosi autori (Barassi, Arcan geli, Carrara ecc.), nei consorzi taciti familiari vede una vera e propria società.

Nessuna di queste teorie ritiene il Verga sia da accogliersi, non quella del quasi contratto, in quanto, per il nostro diritto, non sono ammissibili altre figure di quasi contratto oltre quelle disciplinate espressamente dal codice (pag. 127), non quella della comunione, in quanto molti degli effetti di questi consorzi non possono essere spiegati col solo concetto di comunione (pag. 135); non quella della comunione a mani riunite, perchè troppo sono dissimili le caratteristiche di questo istituto da quelle dei consorzi taciti familiari (nelle comunioni *zur gesamten Hand* manca ad es. il concetto di quota che opera invece nei consorzi) (pag. 136 e segg.); ed infine neppure la dottrina della società, che pure è quella che ha a suo favore la

tradizione storica per essere stata tale teoria accettata quasi unanimemente dai dottori medioevali (pag. 145 e segg.).

In una evidente contraddizione ritiene il Verga siano caduti alcuni fra i sostenitori di quest'ultima teoria in quanto " non si può ravvisare in questi consorzi familiari una società, avente i requisiti di cui all'art. 1697 cod. civ. e contemporaneamente applicare loro le norme delle antiche legislazioni o le consuetudini. „

Ma, a parte ciò, sussistono nei consorzi familiari quegli elementi che l'art. 1697 cod. civ. ritiene necessari per la costituzione delle società: costituzione di un fondo comune, scopo di guadagno, ripartizione dei guadagni e delle perdite?

Il Verga si dichiara contrario ad ammettere la necessità di un quarto requisito per l'esistenza della società: *l'affectio societatis*, che rappresenterebbe un elemento troppo indefinibile e privo di valore.

Per quel che riguarda gli altri tre elementi propri della società, il Verga ritiene che la loro presenza anche nei consorzi taciti familiari non possa venir contestata. Così è indubitabile che anche nei consorzi vi sia un patrimonio comune, formato non solo dei beni esistenti quando si è formata la comunione, ma anche da ogni altro lucro ed attività posteriore; nè può escludersi che scopo di questi consorzi non sia il lucro e guadagno. Al riguardo anzi il Verga dichiara di dissentire da quegli autori che negano possa esistere guadagno nel caso del semplice risparmio di spesa: di " guadagno si potrà esattamente parlare „, osserva il Verga, " ogni qualvolta il risultato utile sia il risultato della trasformazione della cosa attraverso l'attività sociale „ (pag. 151) e quindi anche nel caso di risparmio di spesa conseguito attraverso l'attività sociale.

Nè potrebbe disconoscersi l'esistenza del terzo requisito (divisione dei guadagni e delle perdite) anche nei consorzi familiari, in quanto vi è in essi lo scopo della reciproca assistenza dei consortisti, non solo nel campo morale e spirituale, ma anche in quello economico; " tutta l'attività dei consortisti, e tutto quello che da essa proviene, è messo in comune ed in comune goduto: alla comunione dei guadagni è logica e giusta conseguenza la comunione delle perdite. „

Ma, pur ammessa la presenza nei consorzi taciti familiari degli elementi necessari per la esistenza di una società, non si può, secondo il Verga, giungere alla conseguenza di considerare i consorzi familiari come delle società vere e proprie. In essi è " troppo importante l'influsso dei rapporti etici e familiari, troppo notevole la

influenza degli scopi extra economici, che questi consorzi si propongono, perchè unica con le società debba essere la disciplina „ (pag. 155), d'altra parte non pochi, e tutti molto importanti, sono gli elementi che differenziano i consorzi dalle società vere e proprie (così ad es. per quel che riguarda la divisione degli utili che, mentre nella società ha luogo in base alla quota di ogni singolo socio, nei consorzi vien fatta in base al bisogno, così per quel che riguarda le forme di costituzione, art. 1314 n. 5 cod. civ. ecc.).

“ Pare quindi a noi „ conclude il Verga, “ che rispetto a questi consorzi si sia in presenza di un contratto *sine nomine* del quale grandi sono le affinità con le società. Si tratta di un contratto per effetto del quale i contraenti, che sono tra loro legati da vincoli di parentela o di affinità, mentre mantengono la indivisione dei beni comuni, *in quorum communionem inciderunt*, si obbligano ad una indivisa attività economica, alla reciproca assistenza morale e materiale, non disgiunta dalla comunanza di abitazione e di mensa, con l'obbligo di conferire in comune tutto quanto essi acquistassero col loro lavoro, o per qualsivoglia altro titolo, senza reciproco rendiconto „ (pag. 167).

Questi consorzi hanno, secondo il Verga, carattere universale e non è possibile raffigurare in essi una società di arte e mestieri, come da qualche scrittore molto autorevole è stato proposto. In questi consorzi devono poi ritenersi di proprietà comune anche quei beni che ai singoli consortisti siano pervenuti, dopo la formazione del consorzio, per eredità e donazione. Ai consorzi familiari è di conseguenza inapplicabile il divieto contenuto nell'art. 1701 cod. civ., e questo sarebbe, secondo il Verga, un altro argomento che varrebbe a dimostrare ancor meglio come i consorzi non possano venir considerati come una società vera e propria (pag. 174 e segg.).

Nel capitolo V il Verga studia dettagliatamente la figura dei vari soggetti dei consorzi familiari (la donna, i figli di famiglia in generale, i minori, i figli naturali, adottivi, i nobili ed ecclesiastici).

Nel capitolo VI vengono invece esaminati quali siano i requisiti per la costituzione dei consorzi taciti familiari. Tra gli essenziali vengono posti in rilievo dal Verga quello della comunanza di abitazione e di mensa, quello della indivisione dei beni, quello della comunione dei guadagni e delle perdite, ed infine quello della mancanza del rendiconto.

Questi requisiti devono però sussistere tutti perchè possa aversi

un consorzio tacito familiare, secondo l'affermazione del Fabro, riportata dal Verga (pag. 212), e questo fa sì che si debba andare molto cauti nel riconoscere l'esistenza di questo istituto per il nostro diritto.

Meritevole di particolare attenzione appare la trattazione del funzionamento ed organizzazione dei consorzi taciti familiari che il Verga fa al capitolo VII ed in modo particolare quanto il Verga scrive sulla nomina e sui poteri e funzioni del capo (pag. 220 e segg.), sugli altri organi che questo coadiuvano (massaia, consiglio degli anziani, collettività del gruppo) in alcune mansioni speciali o di particolare importanza.

Nè minor interesse ha la trattazione del quesito, che così spesso viene sottoposto all'esame del magistrato, sulla estensione e qualità dei diritti che i consortisti abbiano sui beni acquistati da un appartenente al gruppo con denari comuni (pag. 229 e segg. n. 44), e l'altro relativo ai diritti che i terzi abbiano nei confronti del consorzio.

Il primo quesito viene risolto dal Verga nel senso che, nei confronti dei terzi, l'acquirente è considerato come unico proprietario, mentre, nei confronti degli altri consortisti, egli è *personalmente obbligato* a mettere in comune il bene acquistato ed a considerarlo come proprietà comune (pag. 234).

Per quel che riguarda il diritto dei terzi nei confronti dei consortisti, e, più particolarmente, chi debba considerarsi contraente nei contratti che il consorzio stipula con i terzi (specialmente i contratti di mezzadria), il Verga accoglie l'opinione più diffusa che considera come contraente del contratto di mezzadria la famiglia colonica rappresentata dal capoccia, il quale può compiere e ricevere, a nome della famiglia, tutti gli atti relativi al contratto, ed ha conseguentemente il diritto di rappresentare il gruppo familiare in giudizio.

Il Verga conclude questa parte della sua ricerca, facendo osservare come non possa venire neppure proposto il quesito se, per il nostro diritto, i consorzi familiari abbiano la personalità giuridica in quanto, essendo esclusa la applicabilità delle norme del cod. civ. italiano, non è possibile pensare ad un riconoscimento anche indiretto da parte dello Stato (pag. 245).

Nei successivi capitoli dell'opera il Verga si ferma ad esaminare brevemente le cause di scioglimento, e la rinnovazione dei consorzi (cap. VIII) e specialmente il regime delle prove (non occorrendo per la costituzione un atto scritto *ad substantiam*, e, data la natura contrattuale del rapporto, la prova dell'avvenuta formazione di questo

contratto di consorzio familiare può, secondo il Verga, essere data con tutti i mezzi riconosciuti dalla legge: confessione, giuramento, prova per testi entro i limiti di cui all'art. 1341 cod. civ. ed art. 20 R. D. 20 settembre 1922, N. 1317) (pag. 256).

Per quanto riguarda le principali questioni sorte a proposito della trascrizione e delle altre forme di pubblicità, il Verga applica le conclusioni a cui era pervenuto nel cap. VII e precisamente: la trascrizione del titolo di acquisto da parte dell'acquirente consortista rende esclusivo nei confronti dei terzi il diritto di proprietà in colui a cui nome la trascrizione è avvenuta; il terzo ha d'altra parte il diritto di far valere i rapporti tra familiari, nonostante l'avvenuta trascrizione a nome di uno solo dei consortisti, per procedere ad es., per un debito riguardante tutta la famiglia, esecutivamente su di un immobile che figura intestato al singolo, ma che spetta effettivamente a tutti i confamiliari (pag. 257, cap. IX).

Nel capitolo X vengono esaminate le principali norme sulla divisione del patrimonio familiare norme che, essendo variabili da regione a regione, non sono suscettibili di una trattazione unitaria; e nel capitolo XI chiude infine il Verga questa diffusa e bella trattazione dei consorzi taciti familiari con una interessante rassegna di diritto comparato e con l'esame, in qualche punto anche critico, del Progetto dell'Arcangeli e delle proposte del Maroi per la imminente riforma di questo istituto, la cui importanza non dovrebbe oggi più venir disconosciuta.

LINO SALIS

ENRICO REDENTI: *Dei contratti della pratica commerciale* - Vol. I.
Dei contratti in generale - Cedam, Padova 1931, pp. 433.

La trattazione riguarda i contratti che più frequentemente ricorrono nella pratica commerciale, siano essi disciplinati nel Codice di Commercio, oppure nel Codice Civile o in altra legge. Concepita dal punto di vista delle parti che intendono contrattare, essa ha lo scopo di preparare contraenti avveduti, buoni dirigenti di azienda, non giureconsulti.

Tale il carattere che l'Autore attribuisce alla sua opera, la quale, originata da un corso tenuto all'Università Bocconi, è un modello di efficacia didattica. La trattazione, che si inizia con lo studio del

contratto nei suoi requisiti e nei suoi effetti, si diffonde, con grande ampiezza, sulle forme di conclusione dei contratti e sulle questioni relative alla nullità, inefficacia e revocabilità.

L'ultimo capitolo riguarda il regime fiscale dei contratti, argomento del quale - nota il REDENTI - " non vi ha traccia nei clichés " tradizionali dei trattati di diritto civile e commerciale, quasi che " sia materia men nobile oppure riservata ad altri insegnamenti, e " ci sia di mezzo una paratia stagna. „

Il volume è dedicato a CESARE VIVANTE. Con questa dedica, l'Autore intende unirsi alle recenti onoranze all'Illustre commercialista.

MARIO CASANOVA
