

INTRODUZIONE

Mi sono laureato con una tesi in Diritto commerciale sulla nullità dell'atto costitutivo della società per azioni. Il maestro Prof. Giuseppe Ferri scelse il tema in considerazione della novella dell'art. 2332 c.c., introdotta con uno dei primi e significativi interventi della normativa comunitaria nel nostro diritto privato.

Ho studiato a Roma alla Sapienza dove insegnavano allora i più importanti professori: Rosario Nicolò, Giorgianni, Oristano, Pugliese, Ferri, Oppo, Satta, Andrioli, Santoro Passarelli, Crisafulli, Vassalli, Cotta, Micheli, Astuti, Volterra.

Furono anni di grande emozione: da un lato l'attrazione ed il rispetto per quei grandi maestri, per la loro straordinaria cultura ed esperienza di vita, trascorsa tra diversi regimi politici e contesti costituzionali e sociali, dall'altro il fascino della esplosione del '68, che veramente rivoluzionò l'intera società.

Le contestazioni, le assemblee, le occupazioni che si alternavano nelle varie facoltà ebbero un impatto significativo sul corpo docente di Giurisprudenza, che vide non pochi professori proporre nuove iniziative volte ad innovare la didattica. Si diffuse la introduzione dei gruppi di studio. Memorabili furono alcuni proposti da Massimo Giannini sulla allora legge della Programmazione economica, o da Giuliano Vassalli che destavano grande interesse per la partecipazione alle udienze di diversi processi penali significativi prevalentemente celebrati dall'allora Pretore Amendola, con il quale venivano approfondite le tematiche sostanziali e processuali emerse nell'udienza stessa.

Gli strepiti delle camionette della celere a Valle Giulia venivano poi assorbiti dalla ovattata atmosfera delle biblioteche della Facoltà di Giurisprudenza, dove non mancavano occasioni in cui i professori si soffermavano a parlare ed anche discutere con gli studenti. Ricordo la figura di Edoardo Volterra che, dopo essere stato obbligato dalle leggi razziali a lasciare la cattedra, aveva partecipato alla guerra di liberazione come partigiano combattente. Raccontava che negli anni della guerra nella sua ampia cartella di cuoio avevano trovato posto, oltre al Digesto, volantini e talora una bomba nascosta tra le carte.

Le diverse metamorfosi della intera società, originate dal '68 portarono le prime crepe all'immutabilità del codice civile e del diritto privato: il divorzio, lo statuto dei lavoratori, le riforme della famiglia, le novelle nella materia societaria, l'istituzione della CONSOB, le prime costruzioni di quello che diventerà poi il diritto dei consumatori, gli interventi sempre più diffusi e penetranti della allora

ancora giovane Corte Costituzionale, alla quale furono poi chiamati quasi tutti i “miei” professori della Sapienza.

L’argomento della tesi di laurea, nello stesso tempo societario e civilistico, mi consentì di seguire le tematiche di diritto commerciale e di diritto civile in stretta connessione. E fu in quest’ultimo ambiente che mi si aprì, a pochi mesi dalla laurea, la possibilità di poter partecipare, con esito positivo, ad un concorso di assistente ordinario alla cattedra di Diritto Civile all’Università di Macerata. Questo mi permise di collaborare per numerosi anni con Adolfo di Majo, che è stato per me maestro veramente significativo non solo nel Diritto Civile ed in particolare nel diritto delle obbligazioni, ma nel metodo di studio e di ricerca nel diritto italiano e nella comparazione con il diritto tedesco.

In quegli anni gli stimoli più diversi attraversavano talora anche violentemente l’intera società, arrivando a contaminare il mondo del diritto.

Inappagante e, anzi, fortemente contestata risultava la tradizionale concezione di neutralità del diritto. Inadeguata e, anzi, superata apparve a molti la dogmatica ed il metodo dogmatico che, particolarmente nella civilistica italiana, aveva trovato ampio seguito ed applicazione, mentre a quel tempo la Germania se ne era già distaccata.

Il metodo, i valori, le finalità della ricerca giuridica divennero uno dei profili di maggiore attenzione della giovane dottrina civilistica. Con Stefano Rodotà e Pietro Trimarchi si aprivano nuovi angoli di lettura nella materia della responsabilità civile che sino a quegli anni era considerata argomento quasi marginale di studio e di ricerca. Nello stesso tempo il tema del metodo e della funzione del diritto, in particolar modo del diritto privato, si sviluppava nelle nuove riviste quali *Politica del diritto*, *Democrazia e Diritto*, *Quale giustizia*, *Rivista critica di diritto privato*, come pure nei convegni e nelle iniziative editoriali. Sono quelli gli anni in cui si discuteva sul cosiddetto “uso alternativo del diritto”.

Adolfo di Majo volle farmi conoscere il Prof. Alberto Asquini che sapevo essere stato allievo ed assistente di Cesare Vivante ed Alfredo Rocco e che, come componente delle commissioni per la riforma del codice di commercio e del codice civile e quale vicepresidente (ma nei fatti Presidente effettivo), del sottocomitato per la redazione del libro V del Codice Civile, aveva vissuto in prima persona la unificazione del diritto privato che ha costituito uno dei capitoli più significativi della nuova codificazione.

La presentazione da parte di Adolfo di Majo mi dette la possibilità di avvicinare uno dei padri più significativi del codice civile. In alcuni incontri presso la sua abitazione a Roma, ove si spense nell’ottobre del 1972, potei rivolgere al Prof. Asquini tante domande sull’unificazione del diritto delle obbligazioni, sulle due importanti leggi sulla cambiale e sull’assegno, di cui nel 1933 era stato nella sostanza l’autore.

Allora stavo scrivendo il mio primo saggio sul contratto plurilaterale (che pubblicai sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*), ed al Prof. Asqui-

ni chiedevo le ragioni della costruzione nel codice civile di istituti e categorie generali astratte e concettuali, secondo uno stile ed una sistematica così diverse rispetto al modello del Codice civile francese e talora dello stesso BGB. Da questi preziosi incontri e colloqui emergeva chiaro il disegno perseguito dalla commissione ministeriale di attrarre nella parte delle obbligazioni e contratti anche gli istituti cardine del diritto commerciale, come appunto il contratto di società, i titoli di credito, la concorrenza e la stessa materia del Fallimento che, pur essendo disciplinata da una legge speciale, è del tutto coeva al codice civile sino quasi a costituirne una sorta di non dichiarato settimo libro. Il collegamento e la fusione dei concetti degli istituti erano state attuate dalla Commissione attraverso la costruzione di principi e categorie generali, ritenuti comprensivi dei diversi atti di disposizione dell'intero diritto privato secondo una sistematica unitaria.

In questo contesto trovavano spiegazione anche l'introduzione di nuove figure, quali la causa, oppure la previsione nel codice civile di una ulteriore disciplina generale sui titoli di credito secondo una collocazione immediatamente successiva alle promesse unilaterali (quando già esisteva la disciplina delle leggi speciali sulla cambiale e sull'assegno).

Le ragioni storiche ed economiche degli istituti giuridici mi sembravano dovessero essere le coordinate del mio lavoro di ricerca. In quegli anni una delle opere che maggiormente mi attirò e mi coinvolse fu la pubblicazione da parte di Francesco Galgano del primo volume del suo fortunato manuale di diritto commerciale dal titolo *L'imprenditore*. Conoscevo e mi avevano entusiasmato i suoi scritti sulla Persona giuridica, già apparsi come saggi e poi nei due celebri volumi del commentario Scialoja e Branca.

Il metodo con cui Galgano procedeva con *L'imprenditore*, secondo una scrittura quanto mai lucida e chiara, alla ricostruzione del significato storico, economico, dei valori funzionali delle regole di diritto commerciale e di diritto civile, fornì un nuovo bagaglio di strumenti di lettura e di analisi per i quali tutti noi siamo ancora oggi debitori al grande Maestro. Proprio sulla base di queste considerazioni, con grande entusiasmo elaborai una ampia e ragionata recensione al libro che uscì su *Democrazia e Diritto*.

Galgano, che da poco era stato chiamato a Bologna alla cattedra di Istituzioni di Diritto Privato, volle conoscermi. Andai a Bologna, parlammo a lungo del metodo e dei contenuti del suo libro e più in generale dei rapporti (allora molto più netti rispetto ad oggi) tra le regole del diritto commerciale e del diritto civile.

Galgano stava lanciando allora con la Cedam il *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Fu una fortunata circostanza perché, quale direttore dell'opera, mi propose di scrivere per il Trattato una parte del secondo volume che lui stesso aveva individuato e ritagliato con il felice titolo *L'imprenditore nei rapporti contrattuali*. La collaborazione al trattato continuò e successivamente, nel 1983, nel sesto volume fu pubblicata la monografia *La moneta*, alla

quale avevo lavorato nel corso della permanenza in Germania all'Università di Amburgo ed al Max Plank Institut di Amburgo.

Sempre in quegli anni l'ampliamento e soprattutto il consolidarsi del ricorso alla legislazione speciale, che premeva sulla disciplina e sulle categorie del codice civile apportando vistose deroghe alle tradizionali regole e sistematica negoziali, aveva aperto nuovi spazi di riflessione e di elaborazione alla dottrina.

L'intervento della legislazione specialistica investiva allora i più tradizionali contratti speciali, quali i contratti di lavoro, i contratti agrari e i contratti di locazione. L'impatto sulla disciplina di diritto comune risultava molto rilevante. Se pure nel codice del 42 erano previste norme cardine che fornivano adeguate risposte (dovute alla lungimiranza e capacità di cogliere le esigenze di una economia in trasformazione, che fu propria degli autori della codificazione) quali gli artt. 1339 e 1419, il legislatore cercava di dare alla crescente invasione di normative speciali e di settore una più sicura definizione e collocazione sistematica.

Proprio su questi temi ebbi l'occasione di ricevere indicazioni ed incoraggiamenti da alcuni grandi maestri, Ugo Natoli e Pietro Rescigno.

Ugo Natoli, del quale avevo studiato le opere sui temi del diritto delle obbligazioni, era anche interessato ed impegnato a costruire una interpretazione costituzionale della disciplina di diritto del lavoro, che sino ad allora soffriva i limiti della derivazione civilistica, secondo una interpretazione riferita e fondata prevalentemente sugli astratti principi della autonomia negoziale. Con Ugo Natoli ebbi pertanto l'opportunità di poter scrivere sui temi del licenziamento nel rapporto di lavoro e sui contratti agrari.

Pietro Rescigno aveva manifestato curiosità per un mio scritto pubblicato sulla *Rivista Trimestrale* di Franco Rodano sulla legge n. 382 del 1978 sull'equo canone, nel quale avevo tentato di affrontare la contraddizione tra le esigenze sociali della legislazione vincolistica e quelle della libertà di mercato e di concorrenza.

Allora stavo terminando una monografia sul rapporto di locazione nella quale, anche alla luce del significato e della funzione storica dell'istituto, intendevo rappresentare gli effetti della disciplina vincolistica sulle categorie e sulla disciplina dell'autonomia negoziale, particolarmente con riguardo al contratto di locazione di immobili urbani.

Pietro Rescigno ritenne di accogliere la monografia nella collana *Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno* con l'editore Jovene con il titolo *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione* pubblicata nel 1979 con una ampia prefazione dello stesso Pietro Rescigno.

Il mio impegno accademico continuò all'Università di Macerata, dove con la chiamata alla Sapienza di Adolfo di Majo divenni assistente di Francesco Gazzoni succeduto nella cattedra. Ebbi quindi la possibilità di avere, sempre a Macerata, l'incarico prima di Diritto agrario e poi di Diritto Civile.

La permanenza maceratese fu molto significativa per gli eccellenti colleghi che ho potuto conoscere e frequentare in continue occasioni di incontro, in quanto, quali professori “fuori sede” eravamo insieme per quasi tutto il tempo di permanenza a Macerata, considerato che finivamo tutti nello stesso albergo e trattorie, dove le serate si protraevano nelle più diverse interminabili discussioni su tutti i possibili temi giuridici e non.

Devo dire che ancora oggi sono particolarmente grato alla Facoltà di Macerata per avermi concesso l'opportunità di recarmi con diverse borse di studio in Germania dapprima del DAAD e poi dal Max Plank Institut. Grazie ad esse potetti accedere alle risorse librarie, che allora mi apparvero sterminate, della Facoltà di Giurisprudenza di Amburgo e soprattutto del Max Plank Institut, ove nella sala della Mittelweg 187 ebbi la possibilità di svolgere gli approfondimenti di diritto comparato necessari per la monografia sulla moneta, poi pubblicata nel sesto volume del trattato diretto da Galgano cui ho già accennato.

La permanenza ad Amburgo mi consentì anche di iniziare a pubblicare alcuni saggi in Germania sulla rivista *Rabel's Zeitschrift* l'articolo *Geldschulden im Inflationszeitalter* (che ha avuto una fortunata considerazione nella bibliografia indicata nel classico manuale di diritto delle obbligazioni di Medicus, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*); gli articoli *Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden* e *Nochmals zum Inflationsschaden beim Verzug* sulla rivista *Recht der internationalen Wirtschaft*; il lavoro monografico dal titolo *Besondere Probleme der Sicherungsabtretung in Italien* nel volume collettaneo *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*.

Ad Amburgo appresi l'esito positivo del concorso a cattedra del 1980, cui seguì la chiamata alla Facoltà di giurisprudenza di Bologna, ove decisi subito di trasferirmi entusiasta della possibilità che mi si era aperta di poter insegnare nell'Alma Mater e di poter essere nella Facoltà di Francesco Galgano.

I colleghi con i quali a Macerata avevo condiviso gli anni immediatamente successivi alla laurea, anche per effetto delle diverse chiamate che fecero seguito ai successivi concorsi di quegli anni, erano ormai presso diversi atenei. A Bologna, mi trovai immerso in un corpo accademico per me del tutto nuovo che mi appariva fortemente coeso e di grande tradizione ma disponibile ad accogliere colleghi che, come me, si erano formati in altri atenei.

Da Gerardo Santini (allora decano dei privatisti della Facoltà) e da Castellano, Renzo Costi, Bonsignori, potetti avere quindi preziosi suggerimenti ed indicazioni che presto si tramutarono in ricerche sulle obbligazioni pecuniarie, sui contratti bancari, sulle procedure concorsuali.

Nel 1986 Francesco Galgano decise di fondare *Contratto e Impresa* e chiamò due allievi Giovanni Caselli (che allora insegnava Diritto commerciale a Trieste) ed il sottoscritto a condividere con lui il lancio della rivista assieme ad altri giovani civilisti e commercialisti italiani e stranieri.

È stata una stagione molto significativa. Una delle caratteristiche della rivista

consisteva nella costante programmazione dei contenuti. I temi da svolgere venivano individuati secondo un programma che nasceva negli incontri della direzione e nei serrati dibattiti che si sviluppavano tra i direttori. Alle periodiche riunioni si aggiungeva l'appuntamento molto atteso e da tutti assai gradito dell'incontro per l'intero fine settimana nella villa di Renazzo in cui Franco Galgano ci ospitava all'inizio dell'estate.

Il dialogo con la giurisprudenza fu l'oggetto ed il metodo di ricerca della rivista. Si trattava di un metodo veramente nuovo, che si rivelò gravido di prospettive, soprattutto in considerazione del rinnovato ruolo, manifestatosi in quegli anni, della giurisprudenza quale fonte del diritto.

L'invasione dei contratti atipici di derivazione anglosassone e gli studi sul tipo contrattuale (portati avanti negli anni da Giorgio De Nova) avevano già dato luogo ad una estesa attenzione nella dottrina civilistica verso le nuove figure contrattuali. *Contratto e impresa* si proponeva di intercettare con tempestività i nuovi contratti. Sono di quegli anni le mie trattazioni della *sponsorizzazione* e dello *swap*, e quelli del *leasing* di Giovanni Caselli.

Gli anni 80 e 90 portarono altri importanti cambiamenti. Gli istituti del diritto bancario raccoglievano un crescente interesse che si manifestava con interpretazioni nuove e talora opposte rispetto a quelle che sino ad allora erano omogenee alle prassi seguite dagli istituti di credito.

Giuseppe Portale assunse la direzione di *Banca borsa e titoli di credito*, trasformò integralmente la rivista con un rinnovamento qualitativo che la rese strumento tra i più moderni e significativi nell'approfondimento del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Le criticità della negoziazione bancaria che emergevano in relazione a temi quali le c.d. norme uniformi bancarie, rapporti di conto corrente, il sistema delle garanzie (fideiussione *omnibus*, garanzie a prima richiesta), divennero lo stimolo per la redazione di note a sentenza e altri interventi. Tutto questo consentiva di applicare e verificare l'esperienza maturata nel diritto delle obbligazioni ai rapporti bancari.

Sempre in quegli anni, nella Facoltà bolognese le occasioni di collaborazione con Francesco Galgano si moltiplicarono con sempre nuovi argomenti di ricerca: la persona giuridica e il suo abuso (che allora Galgano collegava anche agli scritti di Walter Bigiavi), la moneta le obbligazioni pecuniarie, gli interessi, l'anatocismo e le obbligazioni nelle procedure concorsuali.

Anche per effetto del confronto e delle esperienze, anche professionali, con i colleghi bolognesi la mia attività di ricerca venne ad investire specifici profili tecnici emersi nella esperienza giurisprudenziale.

Le tematiche man mano approfondite furono dunque piuttosto articolate: la svalutazione della lira e quindi il danno da inflazione che in quegli anni era divenuta una costante della obbligazione pecuniaria, i debiti di valore, la determinazione convenzionale degli interessi e quindi la valutazione della correttezza delle pratiche applicate dalle banche attraverso la determinazione degli interessi

secondo i cosiddetti *usi su piazza*, gli interessi usurari nel mutuo e nel conto corrente, le pratiche anatocistiche nella tenuta dei conti correnti, come pure la applicazione di commissioni bancarie, quale la clausola di massimo scoperto.

L'interesse per queste ricerche era suscitato spesso dalla redazione di note a sentenza che mi venivano proposte da Gerardo Santini per *Giurisprudenza italiana* o da Giuseppe Portale per *Banca borsa e titoli di credito*.

L'esperienza professionale iniziata a Bologna mi portò ad affrontare le regole ed i principi di diritto fallimentare che comportano modifiche e adattamenti dei principi del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Accettai quindi la proposta di Franco Galgano di collaborare al *Commentario alla Legge Fallimentare* del Commentario Scialoja e Branca con il volume *Effetti del fallimento per i creditori (art. 51-63) e Amministrazione controllata (art. 187-193)*.

Negli anni a seguire questi temi divennero sostanzialmente una costante segnata dalla pubblicazione nel Commentario Scialoja e Branca del volume *Obbligazioni pecuniarie (art. 1277-1284)*; *Interessi* per il Digesto delle Discipline Privatistiche; Volume *Profili del diritto delle obbligazioni*; Volume *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari* e la collaborazione a vari Trattati di diritto concorsuale.

Nella Facoltà bolognese sostanzialmente tutti i colleghi erano impegnati nell'avvocatura. Le diverse problematiche e dispute professionali costituivano oggetto di continuo confronto anche accademico.

Franco Galgano, Angelo Bonsignori e Gerardo Santini, come pure Franco Bricola gli allievi della sua scuola, Filippo Sgubbi e Luigi Stortoni, erano tutti molto impegnati nei tribunali; era impossibile non subirne il fascino. I consigli ed indicazioni che ebbi in quell'ambiente, trasformarono quella che sino ad allora era stata per me una indefinita ed incerta attrazione in una vera passione che non mi ha più abbandonato.

All'inizio degli anni '80 cominciai a fare l'avvocato e con la professione il campo di gioco si venne a moltiplicare senza confini. Nel confronto del contraddittorio processuale, la soluzione del caso concreto dipende da una articolata serie di diversi elementi insieme concorrenti. L'interpretazione, la ricostruzione sistematica, la comprensione della norma, la dimostrazione di una qualsiasi soluzione applicativa vengono necessariamente ad essere confrontati e misurati con le più diverse tradizioni e soluzioni dei tribunali, con la sempre più accelerata evoluzione della legislazione e di una giurisprudenza, divenuta proprio negli ultimi decenni del secolo scorso la principale protagonista dello sviluppo del diritto.

Gli studi sui contratti bancari, sulle obbligazioni pecuniarie, sui contratti derivati, sulla responsabilità della banca nell'esercizio del credito, sulla concorrente responsabilità degli amministratori, sono stati alla base di vere e proprie battaglie giurisprudenziali nelle quali alcune soluzioni interpretative sorte in sede di

ricerca scientifica sono state sviluppate e soprattutto affinate nella dialettica del contenzioso del processo dei Tribunali di merito e delle discussioni avanti alla Corte di cassazione ed alla Corte costituzionale.

Entrare nelle diverse procedure di fallimento, di amministrazione delle grandi imprese in crisi di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa di banche ha comportato nuovi studi e ricerche suscitate dall'osservazione e dalla sperimentazione di una realtà che altrimenti sarebbe per me rimasta preclusa.

L'attività accademica proseguì nella Facoltà di Giurisprudenza di Pavia (1987) e poi in Bicocca, dopo una significativa esperienza nella Facoltà di Scienze Politiche. Negli anni passati in Bicocca le aree di ricerca si sono indirizzate nella materia del diritto concorsuale e finanziario, sui profili della responsabilità della banca nell'esercizio del credito e da ultimo sulla disciplina introdotta dalla Unione Europea sulla crisi e *Resolution* delle banche.

La Bicocca è stata in definitiva la mia Università. È stata la sede nella quale più a lungo ho insegnato, dove anche attraverso la scuola di dottorato è stato possibile dare la possibilità di crescita a giovani che hanno poi trovato importanti riconoscimenti nell'Università e nelle professioni.

Le diverse sedi universitarie hanno offerto occasioni di formazione per numerosi allievi che oggi sono nelle università, Daniela Memmo, Carlo Rimini, Mariangela Ferrari, Giocchino La Rocca, Francesco Camilletti, Valentina Piccinini, Stefano Pellegatta, Elena De Petris e nelle professioni, Michela Bailo, Mauro Grandi, Lodovica De Stefano, Giuseppa Fonzo, Dario Restuccia, Vincenzo Ruggiero, Alessandro Semprini, Alessandro Maria Ottolina, Maria Carla Daga.

Sono grato alla Facoltà ed ora al Dipartimento della Bicocca per quanto ha messo a disposizione per la formazione di giovani allievi con la scuola di dottorato anche attraverso il contributo di cari colleghi quali Giovanni Chiodi, Franco Scarpelli, Patrizia Borsellino, Loredana Garlati, Giovanni Iorio del quale ammiro, oltre all'impegno di studio e nell'università, l'arguzia e la passione con la quale da ultimo ha saputo costruire originali casistiche giuridico-letterarie e che ringrazio per essermi stato vicino nella preparazione di questo volume.

È soprattutto di questo che sono grato a tutti i colleghi, con i quali ho avuto il piacere di condividere l'insegnamento e la ricerca di questi anni per me veramente importanti.

BRUNO INZITARI

RIFLESSIONI SUL CONTRATTO PLURILATERALE *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Elaborazione di una disciplina differenziata del contratto plurilaterale. Critica. – 3. *Segue*. – 4. Qualificazione del fenomeno di gruppo nella formazione economica feudale. – 5. Il fenomeno associativo e le codificazioni. – 6. *Segue*. Il fenomeno associativo e la progressiva dilatazione del contratto. – 7. *Segue*. Contratto plurilaterale, società, associazione. – 8. Ambiguità e limiti di una definizione del contratto plurilaterale condotta sugli elementi di affinità presenti nelle singole figure tipiche. – 9. Gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466: valutazione dell'utilità della disciplina. Significato di una normativa. – 10. Natura e funzione della figura positiva del contratto plurilaterale: un tentativo di traduzione giuridica dei principi propri della politica e della ideologia corporativa.

1. *Introduzione*

Nel raggruppare sulla base degli elementi di affinità tecnico-giuridica i contratti, una prima distinzione quasi “preliminare” viene latamente operata¹ tra contratti di scambio e contratti associativi (o plurilaterali)².

* *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1973.

¹ MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 905.

² Su queste ultime figure, definite comunemente, con maggiore aderenza alla formula degli artt. 1420, 1446, 1459, 1466, contratti plurilaterali, ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 74, nota 1, ove rivendica “di essere stato il primo ad affermare il carattere plurilaterale del contratto di società”... “per richiamare l'attenzione su una circostanza, di evidenza palmare, che oppone la società a tutti gli altri contratti tipici della tradizione romana” ed indica il primo uso dell'espressione nel *Corso di istituzioni di diritto romano* (prima edizione), Napoli, 1921, I, p. 240, nota 1 (nella settima edizione, 1943, p. 349, nota 1). In realtà, in quella nota, la definizione con cui viene assunta la caratteristica della pluralità, nel “contratto di società” – possibilità di “intervenire più persone con interessi diversi ed eventualmente in conflitto” – è ancora lontana dal significato che tale espressione assumerà sia nella dottrina successiva, sia nei principi contenuti nel codice del 1942.

L'elemento distintivo della figura, infatti, non viene tanto individuato nel numero delle parti, quanto nell'intento di queste: lo scopo comune. Cfr. ASCARELLI, con particolare attenzione alle

La contrapposizione delle parti e i relativi interessi confliggenti nei primi, il parallelismo delle prestazioni, la possibile pluralità dei partecipanti al vincolo contrattuale e la finalizzazione delle posizioni nello scopo comune nei secondi, sono gli elementi più rilevanti di differenziazione tra le due categorie³. Entram-

varie articolazioni degli schemi associativi nell'economia industriale, *La liceità dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 258 ss.; *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, p. 439 ss.; *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933, p. 145 ss.; *Note preliminari sulle intese industriali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 106 ss.; *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 178 ss.; *I consorzi volontari tra imprenditori*, Milano, 1937, p. 37 ss.; e principalmente *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 259 ss.; ove, nel contratto plurilaterale se da un lato la "prima caratteristica" è "quella della possibile partecipazione di più due parti" (p. 270), e se "la pluralità implica che gli interessi contrastanti delle varie parti debbano unificarsi in una finalità comune" e quindi "i contratti plurilaterali si presentano come contratti con comunione di scopo" (p. 276), d'altro canto "le varie caratteristiche di contratti plurilaterali... si riscontrano anche quando il contratto nel caso concreto, risulti soltanto di due parti"; ed ancora ID., *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 179 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 169 ss.; *Notarelle critiche in tema di contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 265 ss.; *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 71 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, cit., p. 175; *Contratto plurilaterale; Comunione di interessi; Società di due soci; Morte di un socio di una società personale di due soci*, in questa rivista, 1953, p. 753, ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 325; *Personalità giuridica e problemi della società*, rip. in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 273, nota n. 28; e da ultimo *Teoria della concorrenza e dei beni materiali*, Milano, 1960, p. 86 ss., applicazione della categoria ai patti della limitazione della concorrenza, pp. 110 e 113, in relazione ai consorzi. Vedi anche DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni alle società commerciali*, Milano, 1937, p. 79; REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, parte I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1934, p. 47; AULETTA, *La comunione di scopo e la causa nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 1 ss.; ID., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 22 ss.; SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in questa rivista, 1949, p. 836; G. FERRI, *La funzione della società commerciale*, Roma, 1936, p. 88 ss.; *La società come contratto*, in *Dir. e prat. comm.* 1943, I, p. 6, rip. in *Studi in memoria di F. Ferrara*, I, Milano, 1943, p. 263; *La società di due soci*, in questa rivista, 1952, p. 612; *Delle società*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1968, p. 18; *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 678; ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società, tipi, costituzioni*, Milano, 1953, p. 202 ss.; DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, Città di Castello, 1954, p. 163; ed anche ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 70 ss., ove si assume la cooperazione contrapposta alla commutatività come elemento di distinzione. Più recentemente ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 12 ss. e 98; CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967; FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971; CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 39 ss.; BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in questa rivista, 1971, p. 660 ss.

³ Mentre alcuni autori hanno la classificazione della categoria sull'elemento della comunione di scopo tra i partecipanti al contratto, cfr. BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, p. 98; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 30 ss.; SENA, *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 730, altri hanno rilevato, CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. Comm.*, 1950, I, p. 450, che questo elemento è presente in tutti i contratti e non soltanto in quello plurilaterale, identificando inoltre, questo, non in un unico atto negoziale, bensì scisso in un fascio di contratti bilaterali collegati. A questa impostazione replicano, tra gli altri, ASCARELLI, *Occhio ai concetti!*, loc. cit.; G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 15, 16.

bi questi schemi generali, pur riuscendo rispettivamente comprensivi di tutte le figure contrattuali tipiche, non presentano, però, sul piano della disciplina positiva, una regolamentazione che direttamente possa ad essi ricondursi.

L'elaborazione dei due schemi risulta, piuttosto, frutto di un procedimento deduttivo che, delle singole figure particolari dei contratti, ha colto gli elementi di più diretta affinità (dalla vendita, dalla permuta, dalla locazione, ecc. lo schema dello scambio, dalla società, dai consorzi, ecc. lo schema del contratto associativo)⁴.

⁴ Nella categoria del contratto plurilaterale come categoria generale sono fatti rientrare negozi estremamente diversi: a) la società, oltre agli autori citati alla nota 1, v. *La Relazione al codice civile*, Libreria dello Stato, 1943, p. 383, n. 602, ove analizzando l'art. 1321 si fa un implicito riferimento alle società e ai contratti in cui "le prestazioni delle parti sono dirette al conseguimento di uno scopo comune" (artt. 1420, 1446, 1459 e 1466); b) il consorzio, tra gli altri v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, loc. cit.; c) sindacato azionario, v. ASCARELLI, *La liceità dei sindacati azionari*, cit., e, da ultimo, *In tema di sindacati azionari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, II, p. 550, ora rip. in *Problemi giuridici*, cit., II, p. 371, note 1 e 2; d) contratto di divisione, v. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi...*, cit., p. 333, ove la divisione contrattuale è "intesa come contratto plurilaterale di accertamento"; BARBERO, *Sistema istituzionale del dir. priv. Italiano*, II, Torino, 1955, p. 945; CICU, *Divisione ereditaria*, Milano, 1947, p. 47; BRANCA, *Comunione*, in *Commentario al c.c.* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1951, p. 281; GAZZARRA, voce *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1962, p. 422; con orientamento diverso, negando sia "l'affinità tra il contratto di divisione e contratto di società o associazione", sia l'applicabilità a tale contratto dell'art. 1420, v. G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 15, nota 1; *La società di due soci*, cit., p. 612; e) associazione, v. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 306 e, recentemente, ANTONIO A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, cit., p. 160 ss.; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1967, p. 27 ss.; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Filippo Vassalli, X, 3, Torino, 1971, p. 1 ss.

Altri autori, invece, negano la natura contrattuale alla associazione: MESSINEO, *La struttura della società ed il c.d. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 65 ss., rip. in *Studi di diritto delle società*, Milano, 1958, p. 39 ss.; ID., voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 161, ove la natura acontrattuale dell'associazione viene ricondotta ai soli testuali contenuti nell'art. 16 c.c. L'a. attribuisce, infatti, all'uso della parola "atto (costitutivo)" e non contratto, il significato di "un implicito ripudio dello schema contrattualistico". In realtà non comprendiamo, pur mantenendoci ad un siffatto tipo di analisi, rivolta non tanto a penetrare la struttura interna dei fenomeni giuridici, quanto a fare affidamento sull'aspetto esteriore, come tale conclusione contrasti con la lettera stessa della legge, v. gli artt. 1350, n. 9 e 2643, n. 10 inerenti rispettivamente la forma e la trascrizione dei "contratti di associazione". V. su posizioni analoghe a quelle dell'a. cit.: FERRARA sr., *Le persone giuridiche* a cura di Ferrara Jr., Torino, 1956, p. 227; pur attribuendo natura contrattuale alla società, ci sembra orientato nel senso della negazione, per l'associazione, ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 77 ss.; f) i rapporti di "associazione agraria" secondo la dizione dell'art. 2187: mezzadria, colonia parziaria, soccida ed anche l'associazione in partecipazione. Questi contratti presentano in realtà, degli elementi *lato sensu* associativi, in quanto il risultato delle prestazioni delle parti è condizionato anche dal livello di cooperazione che tra le parti è stato raggiunto. In realtà, vanno sempre definiti come contratti di scambio, sia perché sono riscontrabili, nelle parti, tipici scopi distinti e contrapposti, sia perché la struttura negoziale non si presenta suscettibile di essere aperta alla adesione di altre parti. Possiamo, infatti, anche ammettere che lo scopo comune configuri questi contratti come latamente associativi: si tratta,

Tale classificazione può senz'altro dimostrarsi utile per una comprensione della diversa fenomenologia negoziale. Raggruppare, infatti, le varie figure di contratto secondo una valutazione che ha per oggetto la disposizione degli interessi e l'articolazione dei vincoli contrattuali delle parti, può aiutare, anche se da una angolatura di analisi generale, ad entrare nelle singole strutture negoziali, valutandone la concreta disciplina alla luce delle diverse, più ampie esigenze che ogni rapporto contrattuale esprime nel concreto.

L'indagine che intendiamo condurre vuole pertanto accertare in che misura, da un punto di vista normativo, tale contrapposizione di categorie generali abbia ragione di sussistere. Accertata, cioè, la rilevanza di queste da un punto di vista classificatorio degli interessi, riteniamo necessario analizzare quanto della elaborazione sistematica sia stato tradotto o sia possibile tradurre in termini di disciplina positiva. Questo non tanto in relazione alla categoria dello scambio, per la quale, pur non sussistendo una normativa specificatamente dettata, è

però, di non fare discendere da questo l'applicazione della disciplina degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 che presuppongono, invece, tutt'altra struttura contrattuale. In questo senso v. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, cit., p. 304; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 18, ove viene ritenuta "giuridicamente rilevante" la qualificazione dottrinale di questi e di altri rapporti contrattuali come associativi o con comunione di scopo; in tal senso pure v. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 681; GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1960, p. 851; g) il gioco e la scommessa collettivi (poker, tombola, totocalcio, ecc.), ritenuti da molti un contratto plurilaterale, cfr. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, cit.; FEDELE A., *Natura giuridica del concorso S.I.S.A.L.*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 684; BUTTARO, *Contratto di gioco e contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 43; *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1959, p. 100; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, tomo II, Milano, 1954, p. 117; ID., *Giuochi e scommesse (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 63 ss., individua una struttura contrattuale plurilaterale aleatoria nelle "lotterie in senso stretto" (lotterie di Merano, di Monza, di Agnano, ecc.), ove l'organizzatore funge da intermediario estraneo alla scommessa ed i rapporti intercorrono solo tra i partecipanti che costituiscono un fondo comune dal quale saranno prelevati i premi, nella scommessa al totalizzatore, nei concorsi a pronostici (totocalcio, totip, enalotto, ecc.), nei prestiti a premio (ove si verifica un collegamento tra un contratto di mutuo e un contratto di scommessa, fungendo l'ente organizzatore solo da intermediario esterno), e nega, invece, questa struttura plurilaterale nelle lotterie o pesche di beneficenza e nel lotto, ove gli organizzatori (in quest'ultimo lo Stato) assumono il ruolo non di intermediari, ma di scommettitori, stipulando tanti contratti bilaterali commutativi aleatori distintamente con ogni singolo scommettitore. In realtà, siamo d'accordo con CALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 19, nota 18, quando afferma che tale qualificazione dottrinale "non esprime alcunché di giuridicamente rilevante". Infatti, la disciplina concreta per le prestazioni sarà sempre quella propria dei contratti di scambio; h) cessione del contratto, riguardo alla quale alcuni hanno addotto una struttura plurilaterale, cfr. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, p. 61; ANDRIOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 52 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 329; *contra*, giustamente, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, pp. 666-667, che riconduce il rapporto nell'ambito della diversa categoria del negozio plurilaterale. A questa categoria l'a. riconduce, peraltro, il sequestro convenzionale, la costituzione di dote da parte del terzo il pegno costituito, diverso dal debitorio, in *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Annuario dell'Università Cattolica*, Milano, 1926-1927, p. 59 ss.

sempre possibile identificare – oltre che, logicamente, con riferimento alle singole figure paradigmatiche (permuta, vendita, ecc.) – varie norme contenute nel titolo II del IV libro del codice, le quali, anche se sono dirette a tutti i “contratti in generale”, trovano la loro possibile applicazione solo per i contratti in cui le prestazioni delle parti si dispongono secondo lo schema dello scambio, quanto, appunto in relazione alla categoria del contratto associativo, al quale si pretende di attribuire non solo una senz’altro incontestabile capacità astrattamente classificatoria, ma anche una reale consistenza normativa autonoma.

La “scoperta” prima dottrinale⁵, poi positiva⁶ del contratto plurilaterale ha condotto a questo risultato.

Questa categoria non avrebbe soltanto un valore latamente definitorio, ma in essa sarebbe possibile identificare, sia in alcune ben determinate disposizioni (quelle che, appunto, si riferiscono al contratto plurilaterale, gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466), sia in alcune norme conseguenti “implicite nell’ordinamento”, una concreta regolamentazione differenziata rispetto a quella dettata in tema di disciplina generale del contratto.

⁵ V. nota 2. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 23, nota 45, al KUNTZE, *Der Gesamttakt, ein neuer Rechtsbegriff*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für O. Müller*, Leipzig, 1891, p. 32, la paternità della espressione “*pluralistische Verträge*”.

⁶ È nel progetto del libro delle obbligazioni del 1940 che troviamo i primi riferimenti normativi alla figura del contratto plurilaterale: gli artt. 265 e 295, che si riferivano rispettivamente alla risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopraggiunta il primo, e alla nullità e annullabilità il secondo. V. *Relazione del Guardasigilli* al progetto ministeriale delle obbligazioni – Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941) – Progetti preliminari del libro delle obbligazioni del codice di commercio e del libro del lavoro, II, Roma, 1942, pp. 124, 125.

Nel corso della discussione davanti alla commissione delle assemblee legislative chiamate a dare il parere sul progetto del codice civile, su proposta del relatore Chiarelli, si decise la soppressione dell’art. 296 trasferendo i concetti in esso contenuti dell’art. 265, v. *Atti della commissione delle Assemblee legislative chiamate a dare il proprio parere sul progetto del codice civile*, Roma, 1940, p. 162.

Nel corso della successiva rielaborazione, che ha avuto il suo sbocco nel testo unificato del codice del 1942, gli articoli furono di nuovo riprodotti anche se in autonome disposizioni (artt. 1420, 1446, 1459, 1466), mantenendo il medesimo contenuto.

Analoghe norme sono assenti negli ordinamenti stranieri, anche ove la dottrina ha effettuato tentativi diretti all’elaborazione di tale categoria: v. WIELAND, *Handelsrecht*, I, München und Leipzig, 1921, pp. 452 ss., 463 ss.; DE SOLA CANIZARES, *Tratado de derecho commercial comparado*, III, Barcellona, 1963, p. 317 ss., che tende ad applicare la categoria del contratto plurilaterale solo alla società di persone escludendo le società di capitali che vengono, invece, ricondotte all’atto collettivo.

2. Elaborazione di una disciplina differenziata del contratto plurilaterale. Critica

Le norme del contratto plurilaterale, anche se dettate per risolvere particolari problemi di invalidità e risoluzione, sia per la formula definitoria usata nell'articolo, sia perché costituiscono nella disciplina positiva l'unico riferimento alla categoria, sono state assunte come base per una costruzione normativa differenziata della figura.

In questa elaborazione, laddove le scarse norme dettate dal codice non riuscivano sufficienti a fornire elementi e contenuti di riferimento, si ricorreva alle singole figure particolari specialmente alla società assunta come figura paradigmatica della categoria.

Il tentativo ha investito singoli settori della disciplina, direttamente in relazione agli articoli sopra citati.

L'invalidità del negozio, nel caso di contratto a struttura plurilaterale, potrebbe così a conseguenze diverse rispetto a quelle tradizionali della nullità e della annullabilità del contratto.

È stato rilevato⁷ infatti, che le peculiarità del contratto plurilaterale condurrebbero, in tema di vizi, ad una specialità della normativa. Questa deriverebbe non tanto dagli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466, ma sarebbe piuttosto il risultato di una costruzione analogica condotta in relazione alle singole figure tipiche di contratto plurilaterale. Seguendo tale impostazione viene operato un collegamento, in realtà semplicistico, tra le norme del contratto plurilaterale, inerenti rispettivamente la nullità, l'annullabilità, la risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità nel caso in cui il numero delle parti sia superiore e due, e gli artt. 2272, n. 2, 2448, n. 2, 2611, n. 2, 27 inerenti lo scioglimento delle società di persone, di capitali, dei consorzi e delle associazioni. Secondo questa interpretazione si sono concepite come identiche le prospettive della eventuale essenzialità delle prestazioni del contratto plurilaterale e quelle della possibilità a raggiungere lo scopo comune dei singoli contratti associativi.

Pur non sussistendo, quindi, negli articoli inerenti l'invalidità e la risoluzione del contratto plurilaterale, alcun cenno di una disciplina derogante quella generale contenuta nel capo XI del titolo II del IV libro, si afferma che "la nullità o l'annullabilità della singola adesione importa lo scioglimento dell'intero contratto e non la sua nullità o il suo annullamento"⁸.

⁷ "L'aspetto da cui risulta con maggiore chiarezza la peculiarità dei contratti plurilaterali è quello dei vizi della costituzione", ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 290 ss., ed anche, sempre riguardo alla specialità della normativa del contratto plurilaterale in tema di vizi, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., p. 163; *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, cit., p. 342 ss.

⁸ ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un so-*

In realtà, i presupposti di questo collegamento non ci sembrano sufficienti per poter impostare una disciplina differenziata del contratto plurilaterale. Da un lato, lo stesso testo degli articoli sopra citati non dà alcun appiglio per una diversa costruzione della nullità e dell'annullabilità, sembrano, anzi, che il legislatore abbia dato per scontata l'applicazione della regolamentazione generale⁹; dall'altro, anche il ricorso analogico alla disciplina dei singoli contratti associativi, in particolare a quella della società, non solo ci sembra inadeguato, dato il piano diverso in cui si pongono la disciplina delle figure tipiche particolari e quella della figura classificatoria generale, ma soprattutto – e questo è quello che più rileva – in quanto tale interpretazione non risulta adeguata neanche per la soluzione della nullità del contratto di società sia nei singoli vincoli, sia sulla sua interezza.

I possibili vizi del contratto di società (per quanto concerne la nullità: illiceità della causa, del motivo, illiceità o impossibilità dell'oggetto; per annullabilità: vizi del consenso, difetto di rappresentanza, difetto di capacità) non possono che importare, almeno nelle società di persone (nelle società di capitali il pro-

cio nella società personale di due soci, cit., p. 343, e anche le opere sopra citate. Segue in parte questa impostazione COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina della invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273, che, affrontando il problema con riguardo specificatamente alle società di persone, ritiene che la nullità o l'annullamento del contratto societario – limitatamente ai casi in cui l'attività sociale, sia stata già intrapresa e quindi si sia posta in essere una serie variamente articolata di rapporti tra la società e i terzi (mentre Ascarelli non giungeva ad operare questa distinzione sulla base dell'attività svolta o meno della società) – debba importare la liquidazione della società per impossibilità a conseguire l'oggetto sociale. In realtà tale soluzione, come giustamente rileva G. FERRI nel recente *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di F. Vassalli, Torino, 1971, p. 102, nota 3, p. 107, nota 6, è l'eclettico risultato non solo dell'influenza delle tesi elaborate da Ascarelli, ma anche delle teorie tedesche ispirate ai rapporti contrattuali di fatto: *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandeltesozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1957; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958.

⁹ Che gli artt. 1420 e 1446 facciano riferimento, pur nella deroga data dalla pluralità del numero dei contraenti superiore a due, alla disciplina generale della invalidità del contratto sembra senz'altro ammesso da Ascarelli. Ma questo principio che risulta dagli articoli citati, sarebbe, secondo questo autore “frutto di un parallelismo, invece inesistente, tra il sistema generale dei vizi dei contratti e quello dei contratti plurilaterali, sembrano che l'esame del sistema porti a ritenere che la nullità (salvo il contratto di due soci) o l'annullamento della singola adesione (quando essenziale) importi risolubilità e non nullità od annullabilità del contratto plurilaterale”; e questo perché “contro la lettera degli artt. 1420 e 1446 sembra che militi il sistema delle società e cioè del più importante tra i contratti plurilaterali e di quello che costituisce il punto di partenza della categoria”, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., pp. 165 e 166; in questo senso in *Contratto plurilaterale: comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, cit., p. 342 ss.

Di indirizzo opposto a quello dell'autore citato risultano le posizioni di G. FERRI, *La società di due soci*, in questa rivista, 1952, p. 614; *Delle società*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 38 ss.; *Contratto plurilaterale*, cit., p. 679 ss., e recentemente ribadito in *Le società*, cit., p. 99 ss.

blema, come vedremo, si pone in termini diversi), gli effetti propri della nullità e dell'annullabilità, cioè la retroattività, l'imprescrittibilità o prescrittibilità nel caso di annullabilità.

Nel caso in cui sia invalidata la posizione di un singolo socio, se la partecipazione di questo contratto è essenziale per il conseguimento dello scopo comune, tutto il contratto nella sua interezza sarà colpito dalla invalidità; se, invece, tale partecipazione non si pone come "essenziale" per il conseguimento dello scopo comune, l'invalidità sarà limitata alla singola partecipazione: in entrambi i casi, però, gli effetti o per l'intero contratto o per la singola posizione del socio saranno quelli *ex tunc* propri della nullità e annullabilità¹⁰.

Non crediamo, infatti di aderire all'ipotesi che vede gli effetti della invalidità del contratto sociale svolgersi secondo le regole dello scioglimento del contratto e la conseguente liquidazione della società.

Lo scioglimento del contratto è un fenomeno del tutto diverso, plausibile solo alla luce delle peculiari caratteristiche dell'organismo sociale. La regola dell'art. 2272, n. 2 può applicarsi, infatti, solo quando una qualsiasi causa, esterna o interne, impedisca definitivamente il raggiungimento dell'oggetto della società. In realtà, i possibili casi di nullità o annullabilità riguardano, come abbiamo visto, soltanto quei vizi che si siano verificati nella fase genetica della società, tutti quei vizi, insomma, che renderebbero sin dall'inizio possibile il conseguimento dell'oggetto sociale.

Dobbiamo osservare, invece, che gli artt. 2272, n. 2, 2448, n. 2, e 27 (se vogliamo includervi l'associazione riconosciuta) regolano lo scioglimento di questi gruppi associativi per una "sopravvenuta impossibilità" a conseguire l'oggetto sociale, facendo riferimento così ad una situazione tutta diversa, con esclusione di tutti quei vizi od irregolarità che rendessero sin dall'inizio impossibile il raggiungimento dell'oggetto sociale.

Tali validità, che sin dal momento genetico rendono impossibile conseguire l'oggetto sociale, non possono che ricadere nella disciplina generale prevista per la nullità e annullabilità, mentre tutti gli altri fatti che impediscono, successivamente alla costituzione della società, lo svolgimento dell'attività o rendono impossibile il conseguimento dell'oggetto del contratto, danno luogo allo scioglimento della società.

Non ci sembra, d'altro canto, che questa impostazione possa essere suffragata da un accostamento alla disciplina nella nullità dell'atto costitutivo nelle società di capitali (art. 2332), per le quali la legge prevede, in caso di nullità, la liquidazione della società.

Il fenomeno societario in tale ipotesi, infatti, è strutturato in forme e modi del tutto particolari non soltanto per alcuni presupposti di disciplina, quali il controllo di legittimità dell'atto costitutivo nel processo di omologazione e la

¹⁰In questo senso G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 681.

conseguente iscrizione nel registro di cancelleria che importa il riconoscimento della personalità giuridica, ma soprattutto “per la reciproca autonomia del sistema delle società di persone e delle società di capitali”¹¹.

D’altro canto, lo stesso legislatore, conscio della diversità di struttura delle due categorie, ha voluto espressamente escludere una disposizione – l’art. 369 – che pure era contenuta nel progetto del codice di commercio del 1940. In questo veniva ad essere applicata la stessa regolamentazione nei confronti dei terzi sia per la società il cui atto costitutivo fosse invalido, sia per la società irregolare o di fatto, con la conseguenza che si veniva ad escludere, in caso di invalidità dell’atto costitutivo, ogni applicazione della disciplina propria del contratto.

Avere eliminato tali norme in sede di compilazione definitiva del codice ed avere confermato, d’altro canto, per le società di capitali l’art. 2332, ribadito del resto anche con il recente d.p.r. 23 dicembre 1969, n. 1127, che addirittura riduce a otto i casi per i quali può essere dichiarata la nullità dopo l’iscrizione della società¹², indica che ormai la problematica delle società non può porsi in mo-

¹¹ Così GALGANO, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1972, p. 156.

Altri autori ritengono, invece, applicabile l’art. 2332 anche alla realtà delle società di persone. Nella dottrina tedesca, per tutti: HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin, 1951, p. 48 ss.; WEIPERT, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, der K.G. und der stillen Gesellschaft*, Berlin, 1950, § 105, n. 73 ss. Nella dottrina italiana: MOSSA, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 24; ID., *Società commerciali personali*, in *Trattato del nuovo diritto commerciale*, II, Padova, 1951, pp. 381, 392 ss.; FORMIGGINI, *I vizi del consenso nel contratto di società*, Milano, 1952, p. 17 ss.; FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1952, pp. 242 e 244, nota 1, il quale ritiene che l’art. 2332 sia espressione di un generale principio tendente a salvaguardare gli interessi delle parti e dei terzi, nel riconoscimento di una rilevanza giuridica a rapporti che concretamente e storicamente hanno avuto una loro effettiva manifestazione. Ed ancora MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 341; e, da ultimo, ARENA, *Contributo allo studio dell’invalidità del contratto sociale e sopravvivenza della società*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 280, secondo il quale l’art. 2332 non esprimerebbe una disciplina eccezionale in quanto, risultando applicabile in quattro tipi di società – le società per azioni, in accomandita per azioni (art. 2464), a responsabilità limitata (art. 2475) e cooperativa (art. 2519) – il legislatore del 1942 ne avrebbe “perciò giustificato a priori” l’applicazione anche alle società di persone.

Nel senso della inapplicabilità dell’art. 2332 alla società di persone: App. Brescia, 3 giugno 1948, in *Foro pad.*, 1949, II, c. 2; G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 38 ss.; ID., *Le società*, cit., p. 99 ss.; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, pp. 203 ss., 275; MENGONI, *Arch. giur.*, 1945, p. 84; FERRARA Jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, p. 231 ss.; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1955, p. 186 ss.; GALGANO, *Le società di persone*, cit., p. 155 ss.

¹² La recente novella del 1969 – imposta dalla direttiva 9 marzo 1968, n. 151 del Consiglio della Comunità Europea, sulla base dei principi contenuti nello stesso trattato istitutivo della C.e.e. art. 54, n. 3 lett. g, ove si dice che il consiglio e la commissione della comunità economica europea debbono coordinare “nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti le garanzie, che sono richieste negli stati membri alle società... per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi” – è stata diretta infatti solo alle società di capitali e non alle società di persone, venendo così ad essere confermate e accresciute le peculiari differenze tra le due categorie.

Non soltanto, infatti, alla luce del contenuto dell'articolo non può più essere giustificato alcun dubbio sulla specialità della disciplina, ma la stessa terminologia usata nella rubrica dell'articolo sembra implicare un salto profondo nella concezione dell'organismo societario su base capitalistica. Si è passati, infatti, dalla dizione "nullità dell'atto costitutivo" del vecchio art. 2332, anteriore alla novella, alla dizione "Nullità della società" analogamente alla "Nicktigerklärung der Gesellschaft" della Aktiengesetz del 1965 e alla "Nullité d'une société" della legge francese del 1966.

In siffatta evoluzione terminologica importando il riferimento di una qualificazione, tradizionalmente limitata ai soli atti giuridici, anche ad una entità soggettivizza, non ci sembra – alla luce pure della particolarissima disciplina dettata sia nella casistica sia negli effetti – che possa essere definita soltanto come una imprecisione od un errore di definizione (v. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, p. 565 ss.); ma piuttosto ci sembra che, anche questa espressione, dia la dimensione di quanto il momento contrattuale risulti sostanzialmente assorbito e superato dalla struttura organizzativa della società di capitali. Fare riferimento, infatti, alla "nullità della società" e non del contratto, limitare gli effetti, già peraltro eccezionali, della liquidazione a solo otto casi, indica che l'attenzione del legislatore, una volta sorta la società di capitali con l'iscrizione nel registro delle imprese, è rivolta soltanto all'organizzazione societaria che viene assunta secondo una piena autonomia rispetto alla fase genetica contrattuale.

Nelle società di persone, invece, è il contratto che mantiene, anche nella fase propria dell'attività con i terzi, un rilievo assorbente.

Norme come l'art. 2252, che prevede la modificabilità del contratto sociale solo con il consenso di tutti i soci, evidenziano un carattere della disciplina del tutto omogeneo a quella propria del contratto, mentre lo stesso rispetto per l'autonomia contrattuale dei soci non ha modo di sussistere nelle società di capitali dove, per modificare l'atto costitutivo, non è necessaria l'unanimità dei consensi ma è sufficiente la maggioranza dell'assemblea straordinaria (art. 2365).

Le diversità delle due categorie di società sono strettamente connesse alle diversità della funzione economica che esplicano. Le prime sono ancora espressione di una formazione economica precapitalistica o, più precisamente, proto-capitalistica, come dice GALGANO, *Le società personali*, cit., p. 154. La forma organizzativa e il regime della responsabilità, infatti, se pur superano (con la responsabilità limitata e solidale di tutti i soci per i rapporti con i terzi) lo schema romanistico della società civile, ancora prevista nel codice del 1865 (in cui delle obbligazioni assunte rispondeva solo il socio che aveva posto in essere rapporti con i terzi, art. 1726), restano sostanzialmente legati ad un tipo di gestione dell'attività economica a carattere imprenditoriale-individuale; l'amministrazione, infatti, viene compiuta direttamente dai soci senza alcuna mediazione di organi operativi o decisionali, la trasferibilità della qualità di socio, come nei contratti conclusi *intuitu personae*, non può che avvenire con il consenso degli altri, i soci possono usare per fini estranei all'attività economica della società i beni che formano oggetto del patrimonio sociale (V. GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 69, 154).

Le seconde al contrario, risultano espressione del capitalismo industriale più avanzato (v. BERLE e MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932, ora tradotto in *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966, *passim*; per le implicazioni più propriamente politiche, P.A. BARAN e P.M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico*, Torino, 1966, specie p. 14 ss.) e la limitazione della responsabilità ai soli conferimenti, la scissione della qualità di socio da quella di amministratore, la libera trasferibilità delle azioni e con essa della qualifica di socio, rendono irrilevante – ai fini della regolamentazione – l'iniziale momento genetico del contratto.

È evidente, quindi, che una valutazione di queste peculiarità e del significato del nuovo art. 2332, debba portare senz'altro ad escludere una applicazione analogica della norma alle società di persone.

Sul d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127, che ha modificato le discipline delle società di capitali riguardo alla nullità, alla pubblicità e ai poteri degli amministratori, vedi: circolare 5 giugno 1968, n. 274 dell'Associazione tra le società per azioni rip. in *Riv. soc.*, 1968, p. 695 ss., riguardante la

do unitario sia per le società di persone che per le società di capitali, ma che piuttosto le strutture rispondono a diverse esigenze proprie di una funzione economica tutt'altro che omogenea.

Mentre la società di persone, infatti, è rimasta espressione di una forma di sviluppo economico di tipo precapitalistico, la società di capitali si impone come elemento portante della più recente economia capitalistica industrializzata.

Il contratto della società di persone, infatti, è rimasto ancora “un contratto nel significato classico della espressione”¹³, con tutto quel che ne consegue dal punto di vista della disciplina e quindi anche per l'invalidità, mentre nella società di capitali il valore del contratto è stato confinato solo all'elemento genetico, senza per nulla influenzare l'autonomia della complessa struttura economica che ne deriva (v. il nuovo art. 2332).

Se quindi, questi sono gli effetti della invalidità anche nel contratto di società, quale proficuo collegamento potrà instaurarsi tra gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 e gli artt. 2272, n. 2, 2448, n. 2, 2611, n. 2, che prevedono lo scioglimento del gruppo associativo in caso di “sopravvenuta impossibilità” a conseguire l'oggetto sociale?

A maggior ragione, accertato che anche la società è regolata dalle tradizionali norme sulla invalidità¹⁴, venendo così a mancare il presupposto essenziale per

direttiva 9 marzo 1968, n. 151, del Consiglio della comunità europea per l'armonizzazione di alcuni aspetti delle legislazioni nazionali in tema di società; circolare Assonime n. 65 del 12 marzo 1970 a commento del d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127, rip. in *Riv. soc.*, 1970, p. 824 ss.; in relazione alla contraddittoria formulazione delle disposizioni della novella, criticamente: G. FERRI, *Disarmonie della legge di armonizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 166; MINERVINI, *Primi approcci con una “mini-riforma”, Una nuova disciplina della pubblicità per le società di capitali*, in *Rassegna economica*, 1970, p. 265 ss., e in *Riv. soc.*, 1970, p. 513; E. SIMONETTO, *Modifica-lampo delle norme sulle società con decreto del Presidente della Repubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 61; ID., *Questioni in materia di nullità nascenti dalla nuova normativa in materia societaria*, in *Dir. fall.*, 1970, p. 197; AMILCARE LANZA, in *Temi*, 1970, p. 729; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il recente decreto 29 dicembre 1969, n. 1127, sulle società per azioni, e la fretta del legislatore*, in *Dir. fall.*, 1970, p. 141; BRUNETTI B., *Sulle nuove norme in tema di società commerciali*, in *Riv. not.*, 1970, p. 556; ID., *Ipotesi interpretative del d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127*, ivi, 1970, p. 601; GIULIANI, *Le nuove norme in tema di pubblicità e rappresentanza sociale*, in *Riv. not.*, 1970, p. 401; MACCARONE, *Nullità amministrazione e pubblicità*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1971, I, p. 104.

¹³ GALGANO, *Le società di persone*, cit., p. 157.

¹⁴ Per quanto concerne la concreta disciplina da applicare in caso di invalidità dell'atto costitutivo non ci sembra che si possano accogliere le soluzioni avanzate da SALANDRA, *La nullità della società secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 13, secondo il quale andrebbero applicati i principi generali in tema di rappresentanza senza potere in modo tale che, mentre delle obbligazioni sociali vengono a rispondere coloro che hanno contrattato, gli altri soci ne rispondono solidalmente o pro quota a seconda “della specie di società posta in essere, nei limiti in cui hanno autorizzato le operazioni sociali, in quanto essi stessi sono contraenti attraverso gli amministratori della società”.

Né, d'altro canto, ci sembra possibile disgiungere il contratto dal regime di pubblicità legale previsto per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, come ritiene G. FERRI, *Delle*

società, cit., p. 42 ss., da ultimo ribadito ne *Le società*, cit., p. 107 ss., “attribuendo alla pubblicità un carattere di dichiarazione alla generalità” che “importa una presunzione di verità dei fatti scritti, capace di generare un affidamento nei terzi e una responsabilità in chi l’ha attuata volontariamente” in modo tale che, in base alla pubblicità, “l’azione svolta nei confronti dei terzi deve riguardarsi come azione comune di tutti coloro che al contratto stesso hanno partecipato e pertanto implichi la responsabilità di ciascuno di questi e non soltanto di coloro che hanno agito”, *Commentario...*, cit., p. 43.

Non ci sentiamo di condividere tale impostazione. A nostro parere, infatti, solo il contratto conferisce la qualità di socio, e la pubblicità – almeno così come è prevista nel nostro ordinamento – svolge un ruolo solamente dichiarativo e non costitutivo e quindi, a nostro avviso, l’avvenuta iscrizione del contratto nullo non può svolgere alcuna funzione anche indirettamente vincolante per i soci e per i terzi.

La soluzione dell’invalidità andrà piuttosto affrontata tenendo conto di due ordini distinti di problemi: quello dei rapporti esterni posti in essere dalla società, qualora l’invalidità sia accentrata in un momento successivo a quello dell’inizio dell’attività con i terzi, e quello dei rapporti interni tra coloro che avevano partecipato al contratto.

Per quanto concerne i rapporti già posti in essere con i terzi (di buona fede), riteniamo che sia senz’altro da accogliere la soluzione prospettata da FERRI, *Commentario*, cit., p. 41; ID., *Le società*, cit., p. 106, nota 4, secondo il quale è possibile “attenuare” il principio della retroattività della dichiarazione e o dell’annullamento sulla base dell’art. 1445, che, appunto, fa espressamente salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, analogamente a quanto stabilito in tema di simulazione degli artt. 1415, 1416. Il patrimonio sociale sorto con i riferimenti per lo svolgimento dell’attività economica, degraderà rispetto ai singoli soci a semplice comunione dei beni, regolata quindi non più dalle norme del V libro, ma da quelle del III libro del codice; peraltro, qualora la causa di invalidità sia venuta a cessare e i singoli comunisti abbiano continuato o ricominciato a svolgere in comune una attività economica a fine di lucro, dovrà ritenersi che si sia venuto a costituire un *nuovo contratto di società*, questa volta appunto in assenza di cause di invalidità, valido ed operante: in questo senso FERRARA Jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, p. 232, e riguardo alla fonte di tale regolamentazione contrattuale, anche in assenza di una esplicita volontà delle parti diretta alla costituzione del contratto ed agli effetti da questo nascenti, vedi – in relazione alla portata dell’art. 1374 –, RODO-TÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 91 ss., ripreso da GALGANO, *Le società di persone*, cit., p. 63, riguardo alle società. Analogamente, si pone in essere una società di fatto (si suole distinguere tra società di fatto e irregolari, definendo così le seconde quando, pur sussistendo un contratto scritto, non si sia adempiuto all’obbligo di registrazione, v. CALUSI, *Apparenze del diritto e società commerciali*, in *Dir. fall.*, 1957, p. 270), anche se sulla base di presupposti diversi nel caso dell’azienda ereditaria o acquistata in comune da più soggetti (comunioni incidentali di guadagno) i quali, come comproprietari ne continuano l’esercizio a fine di lucro, v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1968, pp. 179, 180; VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, Firenze, 1950, p. 81; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 9.

L’effetto più rilevante della degradazione del patrimonio sociale a semplice comunione di beni tra i partecipanti al contratto invalido, sarà riscontrabile nel regime della responsabilità, in quanto risulterà più in alcun modo applicabile nelle obbligazioni con i terzi né l’esclusione preventiva del patrimonio sociale (art. 2268), né il principio della solidarietà per le obbligazioni sociali (artt. 2267, 2291, 2313), ma piuttosto il peso di queste ricadrà per intero su coloro che hanno contrattato con i terzi senza poter ricorrere al fondo sociale, o alla responsabilità degli altri soci.

A tale situazione onerosa per coloro che hanno posto in essere rapporti con i terzi potrebbe, d’altro canto, corrispondere una situazione vantaggiosa per gli altri soci che più prudentemente non hanno agito all’esterno, in quanto, nel corso dell’attività svolta prima della dichiarazione di invalidità del contratto, si potrebbero essere anche verificati degli incrementi del patrimonio sociale dei quali, quindi, verrebbero a disporre senza sopportare alcun onere.

l'applicazione della disciplina dello scioglimento, l'unica normativa che potrà

Viceversa, analogamente, potrebbe verificarsi l'ipotesi opposta, cioè che il danno si verifichi in capo a questi ultimi e i vantaggi in capo al socio che agiva all'esterno. Infatti, posto che nel corso dell'attività sociale svolta, nonostante il contratto invalido, si siano verificate delle perdite nel fondo sociale e che quindi il valore delle singole quote – dopo la dichiarazione di invalidità – risulti inferiore al valore dei singoli conferimenti effettuati al momento della costituzione della società, se i terzi vengono a soddisfare i propri debiti solo nei confronti di coloro che hanno con essi contratto, "l'arricchimento" che si verifica in capo a questi ultimi dipenderà dal non aver diviso i beni provenienti dai terzi tra tutti i soci originari, sanando almeno le perdite verificatesi nel fondo comune, cioè dall'aver risparmiato una spesa necessaria. Gli altri, cioè i soci che non hanno agito all'esterno, si troveranno, quindi, a sopportare il danno delle perdite avvenuto precedentemente e che, nella misura in cui poteva essere risanato o arginato dagli incrementi patrimoniali provenienti dai terzi debitori, dipende direttamente dall'arricchimento di coloro che hanno agito con i terzi.

A questi sconcertanti effetti è possibile, a nostro avviso, porre rimedio applicando la disciplina dell'arricchimento senza causa (art. 2041).

I vantaggi e i danni che alternativamente si possono verificare dipendono, infatti, in entrambe le ipotesi, dal risparmio di una spesa necessaria che altri hanno dovuto sopportare; e se "l'utilità economica (che giustifica l'azione di arricchimento) si verifica non solo quando vi sia stato un incremento patrimoniale, ma anche quando la prestazione eseguita da altri con diminuzione del proprio patrimonio abbia fatto risparmiare una spesa necessaria" (App. di Milano, 25 maggio 1951, in *Foro it.*, 1952, I, c. 375; ONOFRIO, *Pagamento dell'in debito, arricchimento senza causa*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1960, p. 285 e p. 284 lett. c ed e), dobbiamo ritenere che, da un lato, i soci che hanno contratto con terzi e che quindi ne sopportano l'onere possono domandare agli altri soci – che hanno tratto una indiretta utilità patrimoniale dell'aver evitato, a danno di altri, che la soddisfazione dei debiti verso i terzi pesasse sul patrimonio sociale con la conseguenziale diminuzione, quindi anche dell'entità delle loro quote, risparmiando così una spesa necessaria – di essere indennizzati sempre logicamente nei limiti dell'arricchimento di costoro, della propria diminuzione patrimoniale; e, dall'altro, che i soci che non hanno agito all'esterno, e che le perdite verificatesi durante l'attività sociale, sono titolari di quote di valore inferiore a quello dei conferimenti singolarmente effettuati all'atto della costituzione della società, possano domandare agli altri soci – che con i terzi hanno contratto e nei cui confronti i terzi vengono a soddisfare i propri debiti – di essere indennizzati, sempre nei limiti dell'arricchimento di questi del danno personalmente subito per la propria diminuzione patrimoniale (cioè la differenza tra il valore dei conferimenti effettuati e l'attuale valore della quota).

Il problema era già stato intuito dal C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929, n. 249, p. 82, nota 8, il quale vedeva nella società dall'atto costitutivo nullo, la necessità di una soluzione che superasse il "doppio scoglio", o di attribuire qualche effetto "a contratto illecito col riconoscere ai soci il diritto di dividere gli utili e le perdite, o di legittimare l'indebito arricchimento dei più colpevoli col negare al contratto di società ogni effetto per la ripartizione degli utili e delle perdite". L'a. citato, del resto, pur cogliendo esattamente la sostanza del problema, non ci sembra che riesca a superarla, dando una soluzione che, pur mantenendo ferma l'invalidità del contratto, realizzi poi un'equa regolamentazione dei rapporti interni ed esterni.

Insufficiente anche la soluzione di altri, i quali risolvendo tutto sulla base del rapporto di comunione, affermano che non solo il fondo sociale, ma ogni incremento dell'attività svolta sia da dividersi tra i vari "soci" all'atto della divisione della comunione e, nel caso in cui si sono verificate delle perdite di portata tale da andare al di là del fondo sociale, il socio amministratore sarà costretto a farvi fronte senza poter chiedere nulla ai soci, data l'impossibilità di un regresso su un contratto sociale che "non ha giuridica esistenza": U. MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, I, Torino, 1902, pp. 410, 411; in tale senso v. anche U. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, 1924, p. 50.

considerarsi applicabile al contratto plurilaterale non potrà che essere quella generale del contratto (art. 1418 ss.).

Analogamente per altri tentativi diretti alla elaborazione di una disciplina differenziata dell'annullabilità.

Taluni autori affermano, infatti, che nel contratto plurilaterale, allorquando le parti sono più di due, l'errore e il dolo costituiscono causa di annullamento solo in quanto, rispettivamente, il primo sia riconoscibile da tutti gli altri contraenti ed i raggiri per attuare il secondo siano stati posti in essere da tutti i contraenti, o che, per lo meno, ne fossero consapevoli e ne abbiano tratto vantaggio¹⁵.

In realtà, per quanto concerne l'errore il codice non impone il criterio di riferimento numerico della riconoscibilità, bensì solo un parametro consistente nella rilevanza dell'errore da parte di "una persona di normale diligenza" (art. 1431). Quindi, a nostro avviso, l'errore potrà essere rilevante, ad esempio, in un contratto di società quando in astratto, pur sempre tenendo conto del contenuto, delle circostanze del contratto e della qualità dei contraenti, sarà riconoscibile da una persona di normale diligenza e non singolarmente da ogni socio.

Del pari per il dolo, dove riteniamo che vada seguita, anche in caso di plurilateralità, la lettera dell'art. 1439, il quale fa riferimento ad "uno dei contraenti"¹⁶.

3. Segue

Ridimensionata la portata normativa della figura del contratto plurilaterale alle sole norme degli artt. 1420, 1446, 1459, 1466, va verificato in quale misura sulla base di tali disposizioni – sia possibile costruire una autonomia causale che, anche sul piano della disciplina, e non solo su quello della astratta classificazione, dia spazio al contratto associativo o plurilaterale.

Gli articoli sopra citati risultano dettare una disciplina – quella della irrilevanza di cause di irregolarità nel vincolo contrattuale – la cui applicabilità rimane condizionata dal verificarsi di particolari situazioni. Risulta, infatti, necessaria

¹⁵ V. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 276; FORMIGGINI, *I vizi del consenso nel contratto di società*, cit., p. 24 ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 208 ss.; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 16; ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, p. 610; DE GRAGORIO, *Delle società e associazioni commerciali*, Torino, 1938, p. 77.

¹⁶ Crediamo che vada accolta l'opinione del FERRI, voce *Contratto plurilaterale*, cit., p. 682, il quale ritiene che il dolo sia causa di annullamento del contratto plurilaterale anche quando sia stato operato da uno solo dei contraenti o con la consapevolezza di questi. Infatti, rileva l'a., il mantenimento nell'art. 1439, della formula che fa riferimento alla provenienza del dolo da uno dei contraenti, già propria dell'art. 1115 del codice civile del 1865, anche nel codice vigente, ove sono riconosciuti – a differenza di quello – i contratti plurilaterali, e l'assenza di qualsiasi norma particolare dettata in tema di dolo con riferimento ad quale formula qualche rilievo critico sulla configurabilità del contratto di società essi "sembra dover indurre a ritenere che sia sufficiente il dolo determinante di uno solo".

da un lato la presenza di un numero di parti superiore a due, e dall'altro la non essenzialità della prestazione della parte il cui vincolo venga meno a causa della nullità, annullabilità o risoluzione. Fuori di queste ipotesi la disciplina non può differenziarsi da quella tradizionale.

Infatti, se il vincolo che fa capo alla parte, la cui prestazione si pone come essenziale, è affetto da una causa di nullità o annullabilità, ne deriva – in quanto cause genetiche di invalidità del negozio – la nullità o annullabilità di tutto il contratto con efficacia *ex tunc*. Se, invece, si tratta di risoluzione l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta – qualora la prestazione sia essenziale – importano lo scioglimento del contratto con efficacia *ex tunc* in quanto il vincolo associativo rientra senz'altro nella categoria dei contratti di durata¹⁷, per i quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite¹⁸.

Nel caso in cui tali prestazioni non si pongano come essenziali rispetto allo scopo comune, il venir meno della partecipazione non rileva sull'intero negozio ed il contratto continua a svolgere per intero le sue funzioni con le restanti parti.

Nel caso in cui le parti siano solo due, la disciplina applicabile non potrà in nessun caso differenziarsi rispetto a quella tradizionale.

Infatti, in caso di invalidità o di risoluzione di un vincolo non potrà neanche parlarsi di eventuale essenzialità della prestazione, ma il problema sarà più semplicemente quello della presenza degli elementi strutturalmente indispensabili per la figura del contratto, cioè la presenza genetica e funzionale di almeno due parti.

Anche in tale ipotesi, se le prestazioni non si pongono in modo confliggente ma parallelamente dirette verso uno scopo, comune ad entrambi i contraenti, è opinione consolidata¹⁹ (e siamo anche noi di questo parere) che possa parlarsi di contratto associativo plurilaterale con due parti. Questa situazione risulta an-

¹⁷I contratti plurilaterali “si presentano sempre e necessariamente come contratti di durata e perciò sono sempre soggetti alle norme proprie di questa categoria di contratti”, ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci*, ecc., cit., p. 347, con applicazione alla risoluzione (art. 1458); di questo parere anche G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 681; CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 61, nota 82, con particolare attenzione al fenomeno della organizzazione.

La qualifica di “rapporto di durata” è stato attribuito più frequentemente alla figura paradigmatica dei rapporti associativi, cioè alla società: OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 44 ss.; DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943, p. 173; BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, I, Milano, 1948, p. 221; DE FERRA, *La proroga delle società commerciali*, Milano, 1957, p. 7; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 78; G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 170; RIVOLTA, *La società come contratto di durata*, in *Riv. soc.*, 1964, p. 34 ss.; ARENA, *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto sociale e sopravvivenza della società*, cit., pp. 288-289, nota 10, il come contratto di durata in quanto, a suo parere, “in senso stretto il contratto di durata è a prestazioni continuate e periodiche”.

¹⁸Cfr. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 281.

¹⁹V. per tutti, da ultimo BELVEDERE, *op. cit.*, p. 673.

che estremamente interessante per misurare la reale portata della categoria. La qualificazione, infatti, di un contratto che si articola su due sole parti, come plurilaterale, a causa della assorbente presenza dello scopo comune, pone in luce la rilevanza tutta interna della categoria che si basa soltanto su una qualificazione causale diversificata rispetto a quella dello scambio. Tali peculiarità, che sussistono nella stessa misura indipendentemente dal numero delle parti, in realtà non si traducono anche nella disciplina, in soluzioni diversificate rispetto allo schema dello scambio. Almeno quando il numero delle parti è superiore a due, si può sempre fare capo alla particolarità degli artt. 1420 ecc., ma in caso contrario anche questa risulta strutturalmente inapplicabile, restando così la disciplina interamente assorbita da quella generale.

Invero, tutto questo è la conseguenza della mancanza di una reale tipicità della figura e di una puntuale delimitazione della causa²⁰. Un negozio che esprima una sua tipica struttura ed una determinata funzione causale non potrebbe non esprimere anche sul piano della disciplina, peculiarità che rispecchiano il concreto atteggiarsi della causa e del tipo negoziale. Lo vediamo, infatti, nelle specificazioni normative del contratto associativo, nelle società e nelle altre figure, dove lo scopo comune si qualifica e si carica di particolari significati. L'esercizio in comune dell'attività economica allo scopo di dividerne gli utili nelle società, oppure la disciplina e il coordinamento di varie attività imprenditoriali mediante una organizzazione comune nei consorzi, sono qualcosa di più rispetto alla semplice comunione di scopo del contratto plurilaterale.

²⁰ In relazione al problema della definizione della causa v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 67-127, ove ampiamente sulle teorie della dottrina nazionale e straniera. In ogni caso, a qualunque delle impostazioni noi veniamo ad aderire, – sia quella delineata dal PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 63 ss.; *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, *ivi*, p. 75 ss.; *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, *ivi*, p. 105 ss., che definisce la causa del negozio “come la funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali”; *ID.*, *op. ult. cit.*, p. 119, sia quelle molto più vicine di REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in questa rivista, 1950, p. 854 ss.; GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547, che attribuisce alla causa un significato di funzione, scopo e fondamento degli spostamenti patrimoniali nell'ambito del negozio giuridico (p. 575); SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 127, che dà alla causa il valore di elemento soggettivo del negozio; o, più recentemente, di G.B. FERRI, *La causa ecc.*, *cit.*, causa come “*funzione economico-individuale*” sottolineando la tensione della volontà soggettiva nella realizzazione del negozio – come non possiamo dire che esiste una causa di scambio in quanto “bisognerà invece, fare riferimento all'operazione economica concretamente realizzatasi, della quale l'utilizzazione della tecnica dello scambio non rappresenta assolutamente un sintomo di meritevolezza”, G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 383, e quindi,, a nostro parere, la causa, sia pure nell'ambito della più ampia classificazione dei contratti di scambio, andrà determinata in concreto nelle singole figure tipiche (vendita, permuta, ecc.) o atipiche, ugualmente non possiamo dire che sussiste una causa associativa o di comunione di scopo, ma che piuttosto, analogamente, questa debba essere individuata in relazione alle specifiche figure determinate dalla legge (società, consorzi, ecc.) o della autonomia privata. In proposito v. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 369 ss.

La compiuta definizione della causa implica necessariamente una precisazione della struttura tipica la quale, dovendo esprimere non una funzione qualsiasi, caratterizzata geneticamente dalla comunione di scopo, bensì una in cui lo scopo comune è funzionale a ben precisi contenuti (attività economica a fine di lucro, coordinamento e organizzazione di attività imprenditoriali, ad esempio), non può che venire ad articolarsi secondo strumenti normativi che presentino caratteristiche conformi alla particolare funzione che vogliono attuare. Di qui l'autonomia della disciplina delle singole figure associative, di qui, però, anche l'impossibilità di circoscrivere la normativa della figura generale del contratto plurilaterale. Solo le prime esprimono una vera disciplina causale, il secondo si limita a fornire un elemento nel cui ambito possono essere ricondotte le varie particolari figure (lo scopo comune)²¹.

²¹ In relazione al contratto plurilaterale e al contratto di società, taluni osservano che la struttura della causa si differenzerebbe, in queste figure, da quella dei contratti di scambio, in quanto sarebbe caratterizzata da una elasticità che al contrario non sarebbe possibile ipotizzare in questi ultimi. L'elasticità deriverebbe dalla circostanza che, nel contratto pluriennale e nel contratto di società, le prestazioni delle parti tra loro assommano i contenuti più diversi per adempiendo a funzioni tipicamente previste per specifici contratti di scambio (ad esempio "la alienazione di un bene può derivare sia dal conferimento di un bene in società, sia da un contratto di vendita o di permuta" ASCARELLI, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 281, nota 61). Quando le prestazioni – considerate tipiche dei contratti di scambio – vengono attuate in un plurilaterale, sarebbero assorbite dall'*elasticità* della causa, nella quale tutte le prestazioni perdono i propri caratteri tipici e si funzionalizzano al raggiungimento dello scopo: v. ASCARELLI, oltre all'op. sopra cit., *Appunti di diritto commerciale*, cit., p. 149; *Consorzi volontari tra imprenditori*, cit., p. 41; BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 388, nota 44; MOSCO, *Gratuità e onerosità degli atti giuridici con particolare riferimento ai contratti*, Milano, 1942, pp. 102, 108 ss.; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 42; con qualche rilievo critico OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 52, nota 2; BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, p. 93 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *La causa del contratto di società. La causa del contratto in generale*, in *Dir. fall.*, 1959, p. 13 ss., p. 125.

In realtà, questa costruzione della elasticità del contratto plurilaterale non ci convince. Infatti "le prestazioni tipiche, le quali costituiscono il contenuto dei contratti patrimoniali, sono di numero abbastanza ristretto: trasferimento della proprietà, costituzione e trasferimento di altri diritti, concessione del godimento, rinuncia di diritti, trasferimento del denaro e di titoli di credito, assunzione di obbligazioni" (così GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., p. 565), ma sulla base di queste si dà vita ad una serie molto ampia (o addirittura aperta, se pensiamo alla possibilità di creare contratti atipici) di contratti in cui le prestazioni vengono a strutturarsi secondo determinati nessi funzionali che esprimono la causa unitaria del contratto. Ciò significa che per le varie prestazioni prese isolatamente fuori del contesto del contratto non è possibile ipotizzare una funzione tipica della prestazione in quanto tale, ma che piuttosto queste vengono ad acquistare una funzionalità solo in quanto inserite nei vari contratti (l'alienazione di un bene è sempre tale, sia nella vendita sia nei conferimenti in società: è la diversa causa della vendita e della società che colora l'atto di significati diversi, ma in ogni caso l'intervento è sempre estrinseco e non intrinseco all'atto). La verità e la variabilità delle prestazioni, quindi, non possono incidere sulla unitarietà della causa del contratto (GIORGIANNI, *op. loc. ultt. citt.*). Non è perciò necessario ricorrere al concetto di elasticità della causa del contratto plurilaterale in quanto il significato che le singole obbligazioni vengono ad assumere, anche diversificandosi tra loro, non può essere misurato sulla base del loro contenuto intrinseco, ma piuttosto dal rapporto di strumentalità con il raggiungimento dello scopo, cioè con la realizzazione della causa.

La mancanza di uno specifico assetto causale e la conseguente assenza di una struttura tipica e di una autonoma disciplina ci impone di indagare sul ruolo che tale categoria può assumere nel contesto del nostro ordinamento. Il contratto plurilaterale, d'altro canto, è presente soltanto nel codice del 1942, né si conoscono precedenti nel nostro né in altri ordinamenti. Questa assenza, peraltro, non ci sembra che abbia posto alcun problema né per quanto concerne i singoli contratti associativi, né per quanto concerne la particolare disciplina in tema di invalidità o risoluzione.

Non riterremo, peraltro, soddisfacente una giustificazione della figura che volesse identificarne la funzione nell'affermazione "di contrattualità" degli schemi negoziali da essa ricompresi, cioè di quelli alieni dalla tradizionale conflittualità dello scambio e nei quali è presente il fenomeno associativo di gruppo. A tale fine, infatti, ci sembra che sarebbe risultata sufficiente una qualificazione delle singole figure della società, del consorzio, dell'associazione, ecc. come contratti e che quindi l'ulteriore previsione di una figura generale che tutte le ricomprenda suggerisca altri elementi di riflessione per una compiuta giustificazione dello schema "plurilaterale" nel nostro codice. A questo scopo ci sembra rilevante volgere, brevemente la nostra attenzione al processo storico che ha condotto alle diverse qualificazioni giuridiche dei gruppi associativi.

4. Qualificazione del fenomeno di gruppo nella formazione economica feudale

La qualificazione che il fenomeno di gruppo ha avuto nelle diverse epoche storiche, logicamente non può presentarsi uniforme. Essa segue, invece, in diretta dipendenza, l'evoluzione della realtà socio-economica storicamente determinata.

Solo in epoca a noi molto vicina il fenomeno della formazione di gruppi organizzati di persone e di cose è stato collegato con gli strumenti contrattuali. Si sono avvicendate epoche in cui la qualificazione e la stessa posizione del soggetto nel contesto sociale erano diretta funzione della collocazione del soggetto entro gruppi e formazioni sociali intermedie, talora sovrapposte allo Stato²².

²² L'esercizio di un mestiere, ed in genere di ogni tipo di attività economica era permesso, nell'epoca feudale, soltanto a coloro che facevano parte delle corporazioni: quelli che ne venivano esclusi non potevano esercitare alcuna forma di attività economica libera, ma o erano costretti in una condizione subalterna nell'ambito della corporazione stessa, o, in ogni caso, erano spinti ad altre forme di occupazione servile.

L'appartenenza alla corporazione si aggiungeva, quindi, a tutte le altre possibili forme di qualificazione soggettiva dell'individuo, come nobile, religioso, servo, ecc., attribuendogli uno status di capacità che contemporaneamente permetteva sia il diritto di svolgere una determinata attività economica, sia di assumere una precisa collocazione sociale nel contesto della collettività.

Il fenomeno corporativo, specialmente in determinati periodi della storia italiana, acquistò, del

In una siffatta struttura sociale²³ la caratterizzazione che l'individuo veniva ad assumere nel gruppo corporativo svolgeva la sua efficacia non solo all'interno del gruppo, ma in tutto il più ampio contesto della vita sociale e di relazione. I rapporti tra gli uomini non erano il risultato di un astratto atto di volontà paritariamente espressa, bensì la capacità giuridica, la capacità di obbligarsi si misuravano e si conformavano a seconda della posizione dell'individuo nei vari gruppi sociali²⁴. In una struttura sociale di tal genere, insomma, la partecipazione al

resto caratteristiche chiaramente politiche. Se a Milano e a Bologna le corporazioni non riuscirono in definitiva mai a raggiungere il pieno controllo politico delle città, a Firenze nel 1282 si giunse alla completa dominazione sul comune da parte delle sette arti maggiori (di Calimala, della lana, della seta, del cambio, dei giudici e notai, dei medici e speciali, dei pellicciai) e delle cinque arti mediane ((beccai, calzoi, maestri di pietra e del legname, fabbri e rigattieri), con l'instaurazione di un supremo organo di governo, i Priori delle arti. Cfr.: SOLMI, voce *Corporazioni*, in *Enc. it.*, XI, Roma, 1931, p. 450; ARIAS, *Le Corporazioni nell'economia italiana del Medioevo*, Firenze, 1936; BESTA, *Storia del dir. italiano – Il diritto pubblico*, Padova, 1941; LEICHT, *Storia del diritto italiano – Il diritto pubblico*, Milano, 1950, pp. 166 ss., 240 ss.; CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954; LUZZATTO, voce *Corporazioni (storia)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 676.

²³ Sulla struttura economica feudale v. W. KULA, *Teoria economica del sistema feudale. Proposta di un modello*, Torino, 1970. Anche se l'indagine è circoscritta alla realtà economica polacca del sec. XVI al sec. XVII, l'opera fornisce indicazioni e riflessioni che crediamo possano essere accolte come peculiari elementi di ogni tipo di formazione economica feudale. Cfr. pure M. DOBB, *Problemi di storia del capitalismo*, Roma, 1971, p. 33 ss.

Secondo l'analisi di Kula, il rapporto tra il produttore diretto ed il signore nel modo di produzione feudale, era caratterizzato da una diretta coercizione politico-giuridica, che comportava l'obbligo della prestazione di servizi (*corvées*) o, addirittura, il pagamento della rendita, difficilmente valutabili con il metro capitalistico del salario. Le tendenze del signore erano, oltre a quelle di soddisfare le esigenze di consumo della famiglia e della corte, quelle di aumentare la propria disponibilità di prodotti vendibili sul mercato. Mentre, quindi, il potere assegnato al contadino era destinato a consentire la sola riproduzione della forza-lavoro, la "riserva" forniva, invece al signore, mediante le *corvées* cui era sottoposto il contadino, il plusvalore necessario per tutti i bisogni che superavano l'autoconsumo. Di qui la tendenza da parte dei contadini ad accrescere il proprio potere a danno dei terreni incolti del signore, di qui i continui inventari dei terreni assegnati ai servi al fine di recuperare fondi già trasformati, di qui, infine, le frequenti lotte tra i signori, che cercavano di ridurre le unità di misura introducendo nuovi criteri, ed i contadini, che difendevano quelle tradizionali: cfr. X. KULA, *La métrologie historique et la lutte des classes: exemple de la Pologne au XVIII^e siècle*, in *Studi in onore di A. Fanfani*, 1962, p. 275 ss.

Un altro tipo di sfruttamento il contadino veniva a subirlo all'interno della città. Qui l'intero sistema della produzione artigianale era basato sull'organizzazione delle corporazioni che, con le pratiche monopolistiche, la proibizione di propagandare i prodotti, il divieto di modificare i prezzi, la regolamentazione dei prezzi delle materie prime, dei salari dei lavoratori ausiliari, della quantità di lavoro utilizzabile in ogni singola bottega – data l'imposta limitazione del numero dei lavoratori ausiliari e del numero di giornate e di ore lavorative –, riuscivano a stabilizzare il prezzo dei prodotti urbani e a far sì che, in generale, l'offerta restasse inferiore alla domanda e che, se pure questa aumentava negli anni in cui il raccolto era migliore per i contadini, i prezzi in sostanza rimasero invariati o diminuirono con il grande ritardo.

²⁴ Queste differenziazioni sono ancora verificabili nelle prime forme di codificazione moderna. Il *Landrecht* prussiano del 1794, mantiene una netta differenziazione di stati soggettivi, nobiltà, borghesia e contadini; l'unificazione delle capacità in un unico soggetto giuridico (insieme alla

gruppo, lungi dall'essere un atto di autonomia privata, rilevante per i suoi effetti solo nella sfera interna del singolo, è piuttosto l'indice della concreta posizione che l'individuo può assumere nei rapporti con tutta la realtà sociale. Il condizionamento non è indiretto ma addirittura strutturale, incidendo, prima di tutto, nei rapporti che il soggetto può creare con i mezzi di produzione e, poi, nei rapporti con gli altri partecipanti al microcosmo del gruppo, ed in genere con tutto il resto della collettività²⁵. In sostanza, la presenza del soggetto in tali forme di aggregazione sociale conferisce all'individuo una vera e propria capacità giuridica differenziata, la cui portata non è lontanamente paragonabile agli odierni concetti di *status (status civitatis, familiae)*.

La rilevanza che tale concetto può avere nell'attuale assetto della società risulta sempre limitata dalla concezione paritaria degli individui, con la conseguenza che le differenziazioni che pur si manifestano sono (formalmente) sempre il risultato non di una predeterminata situazione giuridica soggettiva afferente ai singoli individui, bensì della libera esplicitazione dell'autonomia del soggetto.

Nel medio evo, insomma, l'uomo non poteva mai essere solo uomo. Quello che noi modernamente chiamiamo ordinamento giuridico non aveva per oggetto l'uomo, ma il servo, il mercante, il medico, il nobile, il pittore, il sellaio, ecc., cioè l'oggetto dell'ordinamento non era il soggetto giuridico, una entità tutta astratta e tutta da qualificare, bensì un uomo che era tale in quanto nella società ricopriva un certo ruolo.

limitazione dei diritti reali e delle cause di obbligazione) sarà pienamente attuata solo con il *code civil*. V. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, I, Genova, 1970, p. 279 ss.; CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Milano, 1971.

A. DI MAJO, voce *Soggetti di diritto*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer*, vol. *Diritto*, v. 2, p. 460, contrappone il soggetto concreto del mondo feudale al soggetto giuridico astratto del mondo borghese, identificando nella «progressiva «astrattizzazione» ed «universalizzazione» dell'individuo-soggetto di diritto» lo sforzo dell'ideologia borghese a «mediare e nascondere i contrasti sociali derivanti dalla *lotta di classe* dando loro, una veste generale ed astratta, cioè traducendoli in forme giuridiche «astratte»», p. 474.

Il fondamento della generalizzazione della categoria del soggetto giuridico viene identificata, infatti, nella stessa «struttura dell'atto di scambio nel quale il prodotto del lavoro assume la forma di merce depositaria, appunto, di un valore di scambio (oltre che d'uso). È precisamente nell'atto di scambio che il possessore di merce (sia essa denaro o forza-lavoro) si manifesta come soggetto nella pienezza delle sue determinazioni, ossia realizza e consuma altresì la propria libertà, che altrimenti sarebbe formale, di dare regola e nome ai propri interessi mediante il contratto», p. 272.

L'idea del soggetto giuridico astratto si è venuta a creare, quindi, dall'atto di scambio in quanto di esso era protagonista un tipo di soggetto che, riuscendo «portatore di tutte le possibili pretese giuridiche», poteva svolgere sia il ruolo «(di soggetto) autorizzato a pretendere», sia il ruolo (di soggetto) «autorizzato a prestare e cioè di soggetto «capace» di assumere infinite posizioni giuridiche (*capacità giuridica*)».

²⁵ La rigorosa disciplina, nell'ambito delle corporazioni, dell'attività artigianale e del commercio dipendeva anche dalla presenza – in una collettività cittadina di modeste dimensioni – di un notevole numero di venditori e di una ristretta massa di acquirenti. Una qualsiasi forma di concorrenza e, in ogni caso, qualsiasi variazione sull'entità del prodotto globale o sui prezzi, avrebbe importato necessariamente l'esclusione degli operatori più deboli del mercato.

La partecipazione al gruppo, alle varie corporazioni, non rappresentava, quindi, un momento particolare e contingente nella vita degli individui, bensì la stessa partecipazione al più ampio contesto dei rapporti sociali; come, d'altronde, il venir meno della partecipazione al gruppo importava per l'individuo non solo cambiamenti soggettivi (che investivano la sua sfera privata), ma soprattutto cambiamenti oggettivi, sia nei rapporti di produzione, sia nella vita di relazione.

Questi gruppi sociali non potevano che respingere qualsiasi regolamentazione di natura contrattuale; le corporazioni erano regolate, per lo più, secondo un ordinamento che si basava su vincoli di sangue e l'adesione ad esse era il risultato di un atto unilaterale della corporazione. Il contratto poteva riuscire utile soltanto come strumento interno per regolare rapporti tra due o più soggetti in relazione ad un bene, ma la rilevanza esterna risultava pressoché nulla.

La partecipazione a gruppi sociali di maggior rilevanza risulta, quindi, fino alla dissoluzione completa del mondo medioevale, cioè fino all'affermazione delle rivoluzioni borghesi, il momento determinante per l'acquisizione da parte dell'individuo di una determinata collocazione nel processo produttivo e conseguenzialmente nella comunità cittadina.

L'unità corporativa delle stratificazioni sociali, cementata da secoli di tradizione, con lo stato borghese viene ad essere sconvolta e ricostruita secondo una diversa unità strutturale. All'antico ordine, basato su una intrinseca differenziazione degli uomini, si sostituisce il riconoscimento della formale uguaglianza di tutti i soggetti di diritto. «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti», scoprono i rappresentanti del popolo francese riuniti in Assemblée Nazionale, «le distinzioni sociali, dovrebbero fondarsi soltanto, sull'utilità comune» (dichiarazione del 1789).

Qualsiasi tipo di aggregazione sociale in questo contesto nulla può togliere o aggiungere ai diritti dell'individuo che formalmente rimangono sempre i medesimi. La differenziazione, insomma, se prima era giuridicamente riconosciuta e regolata secondo i vincoli di sangue o cumulativamente anche di appartenenza ad aggregazioni sociali le più diverse, ora, in un contesto sostanzialmente diverso, risulta inadeguata al tipo di capitalismo che va nascendo, in cui la differenziazione è piuttosto l'effetto dell'attività economica svolta dai «soggetti giuridici» e dal loro rapporto con i mezzi di produzione.

Viene meno, quindi l'assetto tipico della società feudale dove la disuguaglianza giuridicamente riconosciuta è la premessa, la condizione dalla quale sgorga – quasi come fosse un fattore della produzione – un tipo di economia che potremmo chiamare necessitata. L'appartenenza al gruppo corporativo rappresentativa, infatti, l'unica condizione soggettiva (in quanto operatori economici potevano essere soltanto coloro, che appartenevano a quella corporazione) ed oggettiva (in quanto l'associazione corporativa creava, con le misure protezionistiche ed i privilegi monopolistici, le uniche condizioni di produzione di mercato che potessero consentire tale forma di sviluppo economico).

Lo sviluppo delle imprese manifatturiere e la nascente rivoluzione industriale²⁶ impongono un nuovo tipo di fattori della produzione o, per lo meno, un uso diverso di questi, che realizzi una nuova forma economica.

La mobilità dei capitali, l'allargamento del mercato oltre gli angusti confini cittadini, la nuova forma di produzione manifatturiera²⁷ operano una separazione nella tradizionale unità di lavoro e capitale propria della produzione artigianale, l'unica allora conosciuta e che i gruppi associativi di corporazione tutelavano. La unificazione, che precedentemente era realizzata a livello istituzionale negli schemi dell'associazione corporativa, viene dunque realizzata da un altro elemento che pur presente nella forma precedente, assume ora tutt'altra rilevanza: cioè il salario²⁸. Esso è l'unico mezzo per riunificare ad un livello diverso, in

²⁶ Su questo punto, ampiamente, cfr. DOBB, *Problemi di storia del capitalismo*, cit.; SOMBART, *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967; MORI, *Rivoluzione industriale: storia e significato di un concetto*, in *Studi storici*, V, 1964, p. 215 ss. ora rip. in *Studi di storia dell'industria*, Roma, 1967, p. 3; MANTOUX, *La rivoluzione industriale*, Roma, 1971, con prefazione di MORI. MARX, *Il Capitale*, Roma, libro I, tomo III, 1970, pp. 173-174, afferma che «benché i primi inizi della produzione capitalistica s'incontrino sporadicamente fin dai secoli XIV e XV in alcune città del Mediterraneo, l'era capitalistica data solo dal secolo XVI».

²⁷ Per un'analisi della manifattura in relazione alle forme di produzione feudale e capitalistica v. K. MARX, *Il Capitale*, cit., libro I, tomo II, pp. 36, 59: «La manifattura parte dalla cooperazione di artigiani dello stesso tipo, disgrega lo stesso mestiere individuale nelle sue differenti operazioni particolari, e le isola e rende indipendenti fino al punto che ciascuna di esse diviene funzione esclusiva d'un operaio particolare. Quindi la manifattura, da una parte introduce o sviluppa ulteriormente la divisione del lavoro in un processo di produzione; dall'altra combina mestieri prima separati. Ma qualunque ne sia il punto particolare di partenza, la sua figura conclusiva è sempre la stessa: un meccanismo di produzione i cui organi sono uomini». «Le leggi delle corporazioni impedivano sistematicamente, limitando all'estremo il numero dei garzoni che potevano essere impiegati da un singolo maestro artigiano, che questo si trasformasse in capitalista».

«Dunque l'organizzazione corporativa, per quanto la separazione, l'isolamento e il perfezionamento dei mestieri che le son propri siano fra le condizioni materiali d'esistenza del periodo manifatturiero, escludeva la divisione del lavoro di tipo manifatturiero. Nel complesso e in genere, l'operaio e i suoi mezzi di produzione rimanevano legati fra di loro come la chiocciola è unita al suo guscio; così veniva a mancare il primo fondamento della manifattura, cioè l'indipendenza acquisita dei mezzi di produzione, come capitale, nei confronti dell'operaio.

Mentre la divisione del lavoro nel complesso di una società, mediata o meno dello scambio delle merci, appartiene alle formazioni economiche della società più differenti tra loro, la divisione manifatturiera del lavoro è creazione del tutto specifica del modo di produzione capitalistico».

²⁸ Nell'epoca feudale il lavoro salariato rappresentava un fenomeno del tutto marginale e assai spesso isolato. I motivi risiedono fondamentalmente nelle caratteristiche strutturalmente diverse del modo di produzione feudale, in cui l'appropriazione del lavoro altrui dipendeva da un rapporto politico-giuridico di coercizione tra il signore ed il produttore, per cui quest'ultimo era costretto a prestare la propria attività lavorativa o sotto la forma di *corvées* o in quanto servo della gleba (v. sopra nota 23). La rilevanza di queste forme di sfruttamento del lavoro era tale – afferma KULLA, *La teoria economica feudale*, cit., p. 63 – che, se si volesse fare una valutazione economica di tutta la manodopera utilizzata in una «riserva» nobiliare agli elevatissimi prezzi del mercato che vivevano per quei rari casi in cui al lavoratore veniva corrisposto il salario, dovremmo dedurre che la «riserva» non solo non riusciva ad accumulare, ma addirittura lavorava in perdita.

una forma di produzione «più avanzata», il capitale ed il lavoro. Questa volta la funzione è però «libera», cioè «liberamente» determinata dal salario e non dalla organizzazione del gruppo associativo corporativo. Anche il protagonista del processo produttivo (il lavoratore), quindi, diventa «libero» ed «uguale» a tutti gli altri «soggetti giuridici»²⁹; con essi instaura «liberi» rapporti che non possono essere che di lavoro, cioè di cessione della propria forza-lavoro identificata, qualificata e collegata al capitale con lo strumento del salario.

Da tale assetto della comunità sociale non può che derivare il superamento della concezione del gruppo associativo come momento di qualificazione sociale. L'enucleazione di tutti i «diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo» (Premessa alla dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789) comprende, ormai anche la esplicazione del momento associativo visto come un diritto che spetta ad ogni cittadino, che lo esercita secondo la sua autonoma volontà entro la sfera della sua autonomia privata.

5. *Il fenomeno associativo e le codificazioni*

Il fenomeno associativo nel nuovo ordine borghese³⁰ si presenta, dunque, re-

«Il produttore immediato, l'operaio ha potuto disporre della sua persona soltanto dopo aver cessato di essere legato alla gleba e di essere servo di un'altra persona o infeudato ad essa. Per divenire libero venditore di forza-lavoro, che porta la sua merce ovunque essa trovi un mercato, l'operaio ha dovuto inoltre sottrarsi al dominio delle corporazioni, ai loro ordinamenti sugli apprendisti e sui garzoni e all'impaccio delle loro prescrizioni per il lavoro. Così il movimento storico che trasforma i produttori in operai salariati si presenta da un lato come loro liberazione dalla servitù e dalla coercizione corporativa; e per i nostri storiografi borghesi esiste solo questo lato. Ma dall'altro, questi, affrancati, diventavano, subito dopo essere stati spogliati di tutti i loro mezzi di produzione e di tutte le garanzie per la loro esistenza offerte dalle antiche istituzioni feudali, venditori di se stessi» dietro il corrispettivo di quel salario che comporterà, per loro, solo «un cambiamento di forma dell'asservimento, nella trasformazione dello sfruttamento feudale in sfruttamento capitalistico»; K. MARX, *Il Capitale*, cit., libro I, tomo III, p. 173.

²⁹ V. *supra*, nota 24.

³⁰ Lo stesso aggettivo «giuridico» ha assunto un significato molto più astratto di quanto non fosse possibile concepire nell'ordinamento feudale. La giuridicità di ogni fatto o atto è valutata, infatti, sulla base di una norma il cui congegno logico «consta di una previsione e di una corretta disposizione; la disposizione ha per oggetto naturalmente non fatti concreti ma astratti ossia ipotesi di fatto classificate per i tipi o classi di fatti (fattispecie) e la disposizione consta a sua volta di corrispondenti (modificazioni di) situazioni giuridiche. Cosicché, nel concreto, può dirsi che allorché si verifica una situazione di fatto (*fattispecie concreta*) corrispondente a quella ipotizzata dalla norma (*fattispecie astratta*), si verificherà «necessariamente e immancabilmente» la conseguenza giuridica («effetto concreto», A. DI MAJO, voce *Fatti e atti giuridici*, in *Enc. Feltrinelli Fischer*, Diritto, v. 2°, p. 391, ove ampiamente sulla matrice politico-ideologica dei vari criteri di classificazione dei fatti giuridici.

Il procedimento tende, quindi, a realizzare nella sostanza un collegamento tra un fatto reale concreto (*fattispecie concreta*) e l'oggetto della previsione della norma (*fattispecie astratta*), ope-

golato da atti di libera volontà mediante i quali i soggetti giuridici, limitando la propria libertà, instaurano rapporti dalla natura più diversa con gli altri membri della collettività. Essi rispondono a quei principi di *liberté d'association*³¹ sorti dal clima culturale dell'illuminismo e sviluppati negli ordinamenti giuridici posteriori alla rivoluzione francese.

Il contenuto del vincolo associativo viene poi ad articolarsi in modo diverso a seconda che l'organizzazione del gruppo debba tutelare e realizzare interessi di natura strettamente patrimoniale o, più ampiamente definiti, di natura ideale.

In entrambi i casi, la valutazione dell'ordinamento giuridico è limitata solamente all'aspetto propriamente patrimoniale e non investe quindi anche la qualificazione della capacità o degli *status* che il soggetto può assumere nella collettività.

Nella formazione economica feudale la produzione e l'accumulazione erano consentite dalla qualificazione e conseguente collocazione dei soggetti entro statici schemi precostituiti, che rendevano pressoché immutabili i rapporti dell'uomo prima con i mezzi di produzione, poi i beni degli altri uomini. La capacità del soggetto era condizionata da vincoli di sangue (servitù, nobiltà, ecc.) o dagli *status* più vari legati all'esercizio di determinate funzioni (giudiziarie, religiose), o dalla qualificazione che lo stesso gruppo associativo-corporativo assegnava ai propri partecipanti.

Nella formazione economica capitalistica i ruoli soggettivi, nello schema dei rapporti di produzione, sono invece tutt'altro che precostituiti: ogni uomo è li-

rando una valutazione in cui, per la riconducibilità ad elementi generali ed astratti, si parificano – talora anche secondo parametri molto ambigui – fatti e situazioni che nella realtà concreta sono profondamente diversi gli uni dagli altri, sia sotto l'aspetto delle relazioni tra gli uomini, sia sotto l'aspetto della relazione tra l'uomo e le cose.

Caratteristica del mondo feudale risultava, invece, la «giuridicità concreta» piuttosto che «astratta» delle fattispecie: la «capacità» era differenziata tra i membri della collettività, mentre gli atti rispecchiavano sempre la disciplina propria del gruppo cui il soggetto apparteneva. Anche i rapporti con le cose erano direttamente qualificati dalla posizione soggettiva; la proprietà della terra, ad esempio, in quanto faceva capo al servo, era gravata di oneri della più disparata natura nei confronti del signore e la proprietà del signore non solo ne era indenne, ma era presupposto per l'imposizione di ulteriori oneri a carico di altri soggetti (*corvées* che i contadini avevano l'obbligo di prestare, ecc.).

³¹ Il termine associazione con le codificazioni dell'800 si sostituisce a quella di *societas* che fino ad allora aveva indicato ogni formazione di gruppo o in genere associativa. V. TROPOLONG, *Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 1843, p. 5 ss.; ASTUTI, *Origini e sviluppo storico del commenda fino al secolo XIII*, Torino, 1953; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, p. 3.

Nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, all'art. 2 si giunge a qualificare lo stato come l'associazione politica che deve garantire la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo.

bero ed ha una capacità uguale a quella degli altri (quindi è soggetto)³². L'unificazione tra lavoro e mezzi di produzione avviene secondo uno strumento diverso, più semplice e più astratto. Ne discende che l'elemento patrimoniale (art. 2740) è l'unico parametro giuridico, entro cui può realizzarsi e riprodursi un siffatto modo di produzione; esso regola i rapporti tra l'uomo e le cose, tra l'uomo e la stessa società civile.

Anche il momento associativo viene così ricondotto a tale forma giuridica³³ ma, a seconda dei caratteri che il gruppo assume nell'ambito dei rapporti di produzione, diverso sarà il ruolo e la regolamentazione da parte dell'ordinamento giuridico.

Con le prime codificazioni, infatti, la qualificazione del gruppo associativo, nelle sue articolazioni, si presentava tutt'altro che unitaria. Da un lato le società (civile e commerciali) venivano ricondotte al fenomeno contrattuale, dall'altro le persone giuridiche venivano definite come «corpi morali» (art. 2 c.c. 1865), la cui venuta ad esistenza era legata al discrezionale riconoscimento del sovrano.

Alla società, infatti, che si andava imponendo come struttura portante del nascente capitalismo industriale, il legislatore riservava l'agile e duttile strumento contrattuale, favorendo così l'aggregazione e lo sviluppo della nuova classe che si annunciava come la protagonista della storia del XIX secolo, la borghesia imprenditoriale.

Lo stesso favore, invece, non veniva espresso per le associazioni in quanto in esse si vedeva il rischio della perpetuazione degli antichi privilegi corporativi e – data l'assenza di un fine di lucro – dell'immobilizzazione di vaste quantità di beni produttivi che, indirettamente, frenasse lo sviluppo industriale dell'economia.

Mentre la società apparteneva, quindi, al diritto delle obbligazioni e dei contratti³⁴, le associazioni venivano, come «tutti i corpi morali legalmente ricono-

³² Sulla progressiva astrattizzazione dell'individuo-soggetto giuridico, come fenomeno legato ai rapporti di scambio imposti dal modo di produzione borghese, v. DI MAJO, voce *Soggetti di diritto*, cit., nota 24.

³³ Gruppi che perseguono fini puramente ideali secondo uno schema in cui sia totalmente esente il momento patrimoniale, oltre ad essere difficilmente ipotizzabili, non risultano – almeno sotto l'aspetto del diritto privato – neanche qualificabili come «giuridici», in quanto sarebbe assente quel primo elemento di «giuridicità» consistente nella patrimonialità.

³⁴ La dottrina in realtà non è mai stata unanime nel considerare la società un contratto; già la dottrina tedesca e successivamente anche parte della nostra, valutarono nella società poco congeniale alla tradizionale struttura del contratto (le cui caratteristiche erano per lo più identificate nella conflittualità tipica del contratto di scambio), la convergenza e il parallelismo degli interessi delle parti, e preferirono quindi far rientrare il fenomeno societario nelle figure dell'atto collettivo dell'accordo e dell'atto complesso. V. KUNTZE, *Der Gesamttakt ein neuer Rechtsbegriff*, cit., p. 29; OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1927, *Vorb. 5*, § 21, p. 86; ALFR. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 368; SOTGIA, *La responsabilità personale nella società in nome collettivo*, Pisa, 1931, p. 8; MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, cit., pp. 55, 56; ID., *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1952, I,

sciuti», «considerate come persone» (c.c. 1865, art. 2), e, di conseguenza, venivano anche disciplinate nel libro delle persone secondo «principi dedotti dalle norme regolative delle persone fisiche»³⁵ e non delle obbligazioni.

Questa impostazione è stata, del resto, mantenuta anche dal codice attuale. Pur essendo stata, da un lato, introdotta un'ampia disciplina (totalmente assente invece nel codice del 1865) dei rapporti interni ed esterni alla associazione-persona giuridica, e, dall'altro, accolta una specifica regolamentazione delle associazioni di fatto, non sembra che la natura della figura sia stata chiarita. Mentre, infatti, gli artt. 1350, n. 9 (in relazione alla forma del contratto) e 2643, n. 10 (in relazione agli atti soggettivi a trascrizione) sembrano rivendicare una sostanza contrattuale dell'istituto, la sistemazione della figura nel primo libro «delle persone e della famiglia» sembrerebbe, al contrario, ricondurre il fenomeno più al diritto delle persone che a quello delle obbligazioni. In realtà, la contraddizione non può spiegarsi che alla luce della tradizione che vedeva l'ente morale, *l'universitas*, come soggetto di diritto accanto alla persona fisica, soggetto-protagonista più che strumento dei rapporti giuridici.

6. Segue. *Il fenomeno associativo e la progressiva dilatazione del contratto*

La comparsa nel codice del 1942 della nuova figura del contratto plurilaterale sembra apparentemente aver fatto riacquistare unità a tutti gli schemi associativi nell'ambito della figura negoziale del contratto.

In realtà, questo non è tanto l'effetto della evoluzione della struttura delle associazioni, quanto piuttosto di quella del contratto. Quest'ultimo, infatti, così come è configurato dagli artt. 1321 ss., è qualcosa di più ampio e di diverso dal contratto del c.c. 1865³⁶. Se qui il contratto era espressione di un «vincolo»

p. 65, ora rip. in *Studi di diritto delle società*, Milano, 1958, p. 17 ss.; ID., voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 148, nota 25.

³⁵Cfr. relazione al re sul libro I del codice civile n. 24, rip. in PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile*, libro I, illustrato con i lavori preparatori, Milano, 1940.

³⁶Elementi di evoluzione della concezione del contratto sono presenti nella formazione dell'art. 1321, sia rispetto al codice francese, sia rispetto al codice del 1865. Il *code Napoléon* riferiva il concetto di contratto alla *convention* come fonte di obbligazione per le parti, senza ricomprendere la possibilità di regolare ed estinguere un rapporto giuridico già precedentemente costituito, dando così una definizione più vicina alla figura dell'obbligazione che a quella del contratto: in questo senso C. SCUTO, *Il concetto di contratto e le sue varie applicazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 650.

L'evoluzione nel *code* in ogni caso risulta, peraltro, profonda rispetto al diritto romano ove «*contractus* indica pur sempre il *negotium contractum*, cioè non il semplice accordo ma l'atto tipico riconosciuto fonte di obbligazione, nel complesso dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, e per naturale estensione, il rapporto che ne deriva» in quanto «la dottrina romana dei contratti si è sviluppata ed è rimasta fermamente fondata sulla tipicità, cioè su un sistema di cause o figure con-

stretto tra due o più persone, nel c.c. 1942 è espressione della posizione di «parti», cioè di entità diverse e più ampie delle persone³⁷ che pongono in essere un rapporto giuridico, cioè una relazione tra soggetti diversi, disciplinata dall'ordinamento. In esso non solo il contenuto specifico (e non potrebbe essere altrimenti, in quanto solo le norme particolari dei singoli contratti possono riempire di contenuto la disciplina della regolamentazione generale), ma anche il contenuto astratto, il modo di disporsi delle obbligazioni delle parti è lasciato alla libera determinazione di esse che sono poste, quindi, in modo paritario ed autonomo l'una rispetto all'altra³⁸.

trattuali tipiche e nominate, classificate secondo la quadripartizione *re verbis litteris consensus*», G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 59. In questo senso: GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945, pp. 83, 98 ss.; ID., voce *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 756 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 1 ss.

Prima la dottrina canonistica – v. FEDELE, *L'influenza del diritto canonico nella dottrina dei contratti*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1937, p. 115, – che sulla base di presupposti di natura religiosa (la dottrina del peccato di menzogna) tendeva a reagire imponendo il *nudum pactum* come fonte di obbligazioni, poi l'influenza esercitata dalla pratica commerciale nel medioevo – v. ASTUTI, voce *Contratto (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 776 ss. – ed infine l'affermazione, anche politica, delle nuove concezioni teoriche della scuola del diritto naturale, nate in relazione più al diritto internazionale e al diritto pubblico che al diritto privato (GROZIO, *De jure belli*; PUFENDORF, *Droit de la nature*), ma successivamente impostesi nell'elaborazione dello stesso *code civil*, portarono al principio secondo cui «*solus consensus obligat*» e «*solus consensus inducit obligationem*», e cioè che «*le contrat est une convention*», un accordo, sufficiente perché sulla base della libera volontà dei soggetti «*une ou plusieurs personnes s'obligent*», art. 1101 *code civil*: v. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, p. 48 ss.; SCUTO, *op. cit.*, p. 649 ss.; ASTUTI, voce *Contratto (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 779 ss.; MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 784 ss.; OSTI, voce *Contratto*, *cit.*, p. 467 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 3.

Ma già il codice italiano del 1865 tendeva ad ampliare la formulazione dell'art. 1101 del *code* attribuendo all'accordo contrattuale anche la funzione di regolare o sciogliere un vincolo giuridico (art. 1098 c.c. 1865), oltre che quella di costituire l'obbligazione *à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*; *code art. 1101*.

Inoltre, con l'art. 1125 si veniva a formulare, nella disciplina generale del contratto, il principio della traslazione della proprietà o di altro diritto per effetto del consenso legittimamente manifestato, mentre nel *code civil* la *convention* sembrava piuttosto esprimere effetti obbligatori che reali, ed il principio del trasferimento della proprietà per effetto del solo consenso era confinato nelle singole discipline della donazione (art. 1138) e della compravendita (art. 1583).

Con il codice del 1942 i termini del negozio non sono più le persone ma le parti che, con l'accordo, pongono in essere non più vincoli giuridici, ma rapporti giuridici, esprimendo così più precisamente la funzione traslativa o costitutiva di diritti reali che il semplice incontro delle volontà nel consenso può sviluppare (art. 1125 c.c. 1865, art. 1376 del nuovo codice): cfr. OSTI, voce *Contratto*, *cit.*, p. 467 ss.; MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 817; SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 13.

³⁷ Parti, cioè «due o più centri di interessi», Rel. Cod. n. 602, cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ V. in relazione al contratto e alla parificazione delle volontà delle parti come eguagliamento di diseguali: CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, p. 87 ss.; e sull'«eguaglianza tra le parti dell'atto di scambio, come atto solo formalmente democratico in quanto le differenze economiche

Ogni delimitazione presente nelle norme del contratto, così come erano dettate nel codice del 1865, viene a cadere. In questo codice, il contratto era costruito facendo riferimento ai contratti bilaterali e unilaterali (artt. 1099-1100), nell'ambito quindi solo dei tradizionali contratti commutativi; in quello del 1942 il legislatore, oltre a dettare una disciplina per i rapporti contrattuali con un numero di parti superiore a due, estende le norme sul contratto anche ad una categoria di atti neanche propriamente contrattuali (art. 1324), cioè agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale³⁹.

A questo punto, dunque, la disciplina generale del contratto non può considerarsi soltanto disciplina di certo tipo di obbligazioni, ma essa è tale da abbracciare tutti i negozi giuridici patrimoniali tra vivi⁴⁰. Tale processo di allargamento del contenuto e della portata delle disposizioni sul contratto è lo sviluppo di un processo più ampio, iniziato sostanzialmente con le codificazioni, tendente, mediante un «procedimento astrattivo»⁴¹, a delineare una disciplina quanto

tra le parti vengono completamente ignorate»: LUCIEN GOLDMANN, *L'Illuminismo e la società moderna*, Torino, 1967, p. 35 ss.; sulla eguaglianza formale come contraddizione fondamentale del diritto borghese v. STUCKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello stato*, Torino, 1967, p. 183 ss. e la introduzione di CERRONI, p. XXIX ss.; in relazione all'iniquità delle condizioni generali del contratto e alla inadeguatezza del controllo giudiziale diretto solo al momento normativo e non al momento economico che è a monte delle rispettive posizioni delle parti, A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192.

³⁹ Con maggiore precisione tali figure andrebbero definite negozi unilaterali, v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 128 ss.; v. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 40 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 311; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d., p. 131 ss. e p. 42, ove si critica la posizione di ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 58, il quale riteneva inutile la distinzione tra negozi ed atti in senso stretto, adducendo erratamente (e l'art. in esame ne è la prova) che gli atti giuridici in senso stretto fossero «applicabili le stesse norme che valgono per i negozi giuridici».

⁴⁰ L'applicabilità della disciplina generale del contratto sembra peraltro superare, entro ben ristretti limiti, anche il requisito della patrimonialità del rapporto, in quanto la stessa relazione al codice (n. 602) sembra ammettere, in virtù di una «portata espansiva» delle norme stabilite per i contratti, la possibilità di una applicazione della disciplina, nei limiti della compatibilità, sia ai negozi giuridici bilaterali del contenuto non patrimoniale (ad es. negozi di diritto familiare), sia ai negozi giuridici unilaterali non patrimoniali (n. 604 della relazione al codice); in questo senso anche SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 129.

La disciplina del contratto giungerebbe così ad essere, sia pure entro questi limiti, la stessa disciplina generale del negozio giuridico.

⁴¹ V. per tutti MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., p. 785 ss. A. DI MAJO, in *Discorso generale sulle obbligazioni*, Università di Macerata, 1972, *passim*, individua lo stesso fenomeno di progressiva astrattizzazione dei concetti nel campo delle obbligazioni. L'a. rileva che già la dottrina tedesca dell'ottocento, sin dall'*Obligationen-recht* di Savigny, veniva impostando un modello di diritto delle obbligazioni, *generalizzato e astratto* che potesse «abbracciare una realtà dal dinamismo crescente, che comprendesse cioè situazioni diverse, sia per quanto poteva concernere i soggetti-protagonisti del processo economico, sia per quanto poteva concernere le regole di comportamento e condotta da osservare nelle diverse situazioni-base» (*op. cit.*, p. 2), cioè entro schemi di obbligazioni che fossero più congeniali alle esigenze del capitalismo industriale.

più generale possibile che si ponga in tutte le sue articolazioni come schema tipico di una serie aperta di rapporti, che possono venire specificati dall'autonomia privata sia in schemi particolari già predisposti dalla legge (contratti nominati), sia secondo una regolamentazione interamente creata dalle parti (art. 1322 contratti innominati). Le norme sul contratto in generale si pongono, quindi su un piano diverso, sovrapposte per priorità ed ampiezza a quelle specifiche e particolari delle singole figure contrattuali.

Negli ordinamenti anteriori alle codificazioni non poteva esistere la figura del contratto⁴² o, più latamente, dell'atto giuridico poiché, vigendo un sistema estremamente differenziato di *status* personali, ogni forma di attività giuridica ne era condizionata, risultandone, di conseguenza non una regolamentazione unitaria dei rapporti obbligatori ma, piuttosto, una inorganica, densa, somma di «cause di obbligazioni» in cui i vincoli di sangue, l'attività svolta, i rapporti religiosi, le relazioni con i beni, ecc., si ponevano tutti come possibili, diverse, articolazioni dei rapporti obbligatori⁴³.

Nel codice che ci è stato consegnato dalla rivoluzione borghese le cause delle obbligazioni vengono unificate e ogni differenziazione dipendente dalle più diverse qualificazioni soggettive viene superata sulla base della generale figura del soggetto giuridico. Risultano di conseguenza unificate le capacità del soggetto⁴⁴; sono sostituite alla serie, prima aperta, dei possibili diritti reali⁴⁵ poche tipiche figure; nel campo delle obbligazioni, appunto, le cause delle obbligazioni vengono ascritte allo schema generale dell'atto illecito o regolate secondo una normativa astratta e generale dettata per il contratto.

L'ampliarsi e l'arricchirsi della disciplina «del contratto in generale» nel codice del 1942, come abbiamo visti, con i contributi scaturiti da singole specifi-

⁴² Cfr. MASSINEO, *op. loc. ult. cit.*; ASTUTI, voce *Contratto*, cit., p. 770 ss.; si conoscevano solo le singole figure concrete di contratti tipici e non le figure astratte e generalizzate del contratto.

⁴³ In relazione al particolarismo giuridico, inteso come mancanza di unitarietà e di coerenza delle leggi vigenti, e alla confusa stratificazione delle classi di soggetti, nelle società anteriori alle codificazioni – «soggetti il cui diritto comune è il diritto scritto e soggetti il cui diritto comune è un diritto consuetudinario; soggetti cattolici e altri soggetti; soggetti nobili, clero, borghesi e servi; soggetti maschi e femmine; soggetti sottoposti o non sottoposti ad altrui potestà (e tutte queste classi moltiplicate l'una per l'altra)» – v. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, cit., I, p. 4 ss. e p. 17, nota 1; ASTUTI, *La formazione dello stato moderno in Italia*, I, Torino, 1967, p. 40 ss., p. 37 ss. e p. 288 ss.

⁴⁴ L'unificazione delle capacità è una conseguenza dell'unificazione del soggetto giuridico. Sulla coincidenza tra capacità giuridica e soggettiva negli ordinamenti successivi alle codificazioni, v. FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 10 ss. Sul significato storico e politico della figura del soggetto giuridico v. indietro n. 24, A. DI MAJO, voce *Soggetti di diritto*, cit.

⁴⁵ Le diverse classi dei soggetti (v. nota precedente) accedevano al godimento dei diversi beni sulla base di diritti altamente differenziati, derivandone quindi forme di «diritti reali in numero molto alto (e forse si potrebbe dire aperto), talvolta combinati con diritti personali», v. TARELLO, *op. ult. cit.*, p. 17, nota 2.

che figure giuridiche, indica che quel processo, che è stato denominato «semplificazione del diritto»⁴⁶ nell'ambito della codificazione borghese (in contrapposizione con il «particolarismo giuridico» proprio, invece, di altro periodo storico diversamente caratterizzato sia dal punto di vista economico che sociale), non solo si è sempre più consolidato, ma tende ad adeguare gli strumenti giuridici mediante tali forme di amplificazione e unificazione ad un livello più omogeneo all'attuale tipo di comunità «paritaria».

Rafforzare e completare le norme generali sul contratto significa una disciplina che si pone non solo come integrazione della volontà dei soggetti, ma anche come fonte dell'attività giuridica dei soggetti posta sullo stesso piano della volontà delle parti⁴⁷, realizzando una sempre più vasta regolamentazione dell'autonomia privata secondo schemi che si ripetono uguali (entro certi limiti) in tutti i negozi, eliminando così ogni forma di particolarismo nell'ambito dei rapporti privati, anche se dettato dalla «libera volontà di soggetti eguali».

Anche il modo in cui sono costruite le norme del titolo II del IV libro rivelano, ad un confronto con i corrispondenti articoli del passato codice, una impostazione diversa, più consona alla creazione di un tipo di rapporto giuridico suscettibile di esprimere e realizzare qualsiasi contenuto. Sono stati, infatti assorbiti nelle norme generali del contratto numerosi principi che precedentemente, durante la vigenza del passato codice, erano previsti soltanto per alcune particolari figure giuridiche. Riguardo, ad esempio, ai requisiti del contratto, per quanto concerne l'accordo delle parti, alcune disposizioni sono la derivazione di principi prima particolari, che erano contenuti nella disciplina della legge speciale sugli assegni. Infatti, la disciplina dell'art. 36, in cui si prevede che la morte o la incapacità sopravvenuta del traente dopo la emissione non alterino l'efficacia dell'assegno, è stata sostanzialmente assorbita nelle norme generali del contratto (art. 1329) dilatando, quindi, la disciplina a tutti i negozi giuridici patrimoniali tra vivi. Così per la disciplina dell'oggetto la cui determinazione può essere deferita ad un terzo, assimilando quindi, per ogni tipo di prestazione obbligatoria, una disciplina che fino al 1942 era dettata solo per specifiche figure: la vendita (artt. 1454 c.c. 1865 e 60 cod. comm.), la società civile (giudizio di un socio o di un terzo per determinare la porzioni, art. 1718 c.c. 1865).

Altri istituti sono stati completamente costruiti su discipline previste in leggi

⁴⁶La semplificazione investe anche il diritto penale eliminando dalle figure dei reati quelle connesse con determinati stati soggettivi che, presenti sia nel reo che nella parte lesa, moltiplicavano e traducevano all'infinito le già frammentarie sanzioni previste dell'ordinamento: v. TARELLO, *op. cit.*, p. 22 ss., e ASTUTI, *op. cit.*, p. 300 ss.; CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Milano, 1971, p. 12.

⁴⁷Nel nostro ordinamento v. l'art 1374. Riguardo alla natura cogente di questa norma in rapporto con l'autonomia contrattuale, v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 104, ove si afferma che «il sistema delle fonti del regolamento contrattuale contempla in definitiva l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice».