

INTRODUZIONE

IL DIRITTO COMMERCIALE. NOZIONE, STORIA, FONTI

SOMMARIO: I. La nascita e l'affermazione del diritto commerciale: cenni storici. – II. Il contenuto del diritto commerciale e le traiettorie del suo sviluppo nell'era moderna. – III. Il problema dell'autonomia del diritto commerciale dal diritto civile. – IV. Le fonti.

LETTERATURA: ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, *GComm*, 2010, I, 361; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*³, Milano, 1962; BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006; ID., *Presentazione*, *Tr. Buonocore*, I/1, 2001; BUTTARO, *L'autonomia del diritto commerciale*, *RDComm*, 2002, I, 421; G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, *RDCiv*, 2004, I, 849; ID., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, *RDCiv*, 1974, I, 523; M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio*, Bologna, 2016; COSTI, *Le nuove frontiere del diritto commerciale di Vincenzo Buonocore*, *BBTC*, 2009, I, 365; COTTINO, *Introduzione al trattato*, *Tr. Cottino*, I, 2001; DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*², Padova, 1962; DI CATALDO-SANFILIPPO (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008; FERRI, voce *Diritto commerciale*, *EncD*, XII, 1964; GALGANO, *Lex mercatoria*⁵, Bologna, 2010; GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale* (tr. it.), Torino, 1913; LEVI, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, 1996; LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, *RSoc*, 2013, 1; ID., *Passato e presente del diritto commerciale – A proposito di tre libri recenti*, *ODC*, 1/2020, 253; LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, *RSoc*, 2002, 1 ss.; MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Impesa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 3; MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, *RDComm*, 1926, I, 233; OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, *RDCiv*, 2004, I, 841; ID., *Principi*, *Tr. Buonocore*, I/1, 2001; PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992; PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa, in 1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 227; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, *RSoc*, 2008, 1; SANTA-RELLI, *Mercanti e società tra mercanti*², Torino, 1998; TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990; VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, *RDComm*, 1943, I, 21; ID., *Il codice di commercio*, *RDComm*, 1945, I, 11.

Per diritto commerciale si intende **l'insieme delle norme di diritto privato che disciplinano specificamente le attività produttive e il loro esercizio.**

Al centro del fenomeno economico, motore della vita sociale di ogni comunità sviluppata, sta l'attività creatrice di nuova ricchezza, produttrice, cioè, di *utilità* capaci di soddisfare un *bisogno umano* ed a cui la comunità attribuisce *valore economico*: è

attività che genera nuovi beni (anticamente solo materiali, dai prodotti agricoli a quelli tessili, oggi sempre più sofisticati ed anche virtuali), che eroga servizi (dal trasporto, alla custodia di merci, dall'assicurazione ai servizi intellettuali del legale o del medico), che degli uni e degli altri promuove la circolazione (interponendosi tra produttore e utilizzatore finale).

A questo fenomeno, che nella civiltà moderna ha raggiunto dimensioni planetarie e che attraversa nelle sue diverse manifestazioni e con la sua pervasiva presenza nel tessuto sociale la vita di ogni persona (dalla nascita al corteo battesimale, dal banchetto nuziale alla morte, come sottolineava suggestivamente cent'anni orsono il padre della scienza commercialistica italiana, Cesare Vivante), è dedicato in ogni ordinamento un copioso corpo di norme giuridiche.

L'attività produttiva è d'altra parte una manifestazione dell'agire umano, socialmente rilevante, caratterizzata da una profonda complessità, che si snoda e si sviluppa nel tempo e nello spazio e che dà vita a relazioni dal contenuto più vario con ogni altro attore della comunità (relazioni con chi dispone del capitale finanziario, con chi fornisce gli strumenti e i mezzi di produzione, con chi presta la propria opera collaborativa, con chi acquista i beni o i servizi); è inoltre un'attività che, con sempre maggiore frequenza, non viene esercitata individualmente da una persona fisica, ma da organismi appositamente costituiti (le società), i più importanti tra i quali raccolgono sul mercato dei capitali ingenti finanziamenti e sono partecipati da un numero estremamente elevato di investitori.

Nelle proprie dinamiche, l'attività produttiva è un *fenomeno che si colloca fondamentalmente sul piano dei rapporti interpretativistici tra le persone*; sotto molti aspetti, tuttavia, il diritto civile, ossia il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti (libro IV del codice civile) e il diritto degli enti associativi (libro I), non è idoneo a mettere in campo una regolazione né adeguata né sufficiente. L'esigenza di tutelare altri, specifici interessi anima l'intervento della legge in questa materia: l'interesse ad una contesa sana e benigna tra i concorrenti, l'interesse alla trasparenza e alla correttezza nella gestione dell'attività, quello del risparmio diffuso e del credito alla solidità delle iniziative finanziate, per finire con l'interesse dei consumatori ad un rapporto equilibrato e leale con la propria controparte; e, per gli organismi produttivi, l'interesse a regolare i rapporti interni (tra i soci) ed esterni (tra costoro e i terzi) secondo logiche capitalistiche, del tutto diverse dalle logiche ideali che ispirano la disciplina delle associazioni e delle fondazioni nel diritto civile.

D'altro canto, l'attività produttiva interseca fatalmente anche momenti della vita sociale a rilevanza prettamente collettiva: e così del loro esercizio l'ordinamento si occupa pure sotto il profilo tributario (con la tassazione dei redditi d'impresa), sotto quello dei servizi pubblici fondamentali (con i regimi speciali per i soggetti operanti in questi settori – televisivo, dell'energia, ecc. –), della tutela dell'ambiente, e via dicendo. *Anche il diritto pubblico*, dunque, in molte delle sue branche, *si interessa delle attività economiche*, con norme ed istituti più o meno complessi, ad esse specificamente dedicate.

Nel *diritto commerciale*, tuttavia, confluiscono esclusivamente *gli istituti e le disposizioni privatistiche*. Si tratta di una delimitazione che riposa senza dubbio su ragioni storiche (*infra*, I), ma che ha ancora oggi un importante significato non solo scientifico e didattico, ma anche nella ricostruzione sistematica, e quindi nell'inter-

pretazione giuridica, degli istituti: **Il diritto commerciale disciplina infatti l'azione imprenditoriale nel mercato** e gli istituti che lo compongono sono accomunati dalla tensione a regolare *le dinamiche dei rapporti che si svolgono nel mercato*; esso dunque è, in primo luogo, un sistema normativo distinto dalle norme pubblicistiche, che, anche quando si rivolgono alle attività economiche, lo fanno secondo logiche proprie (la logica dell'intervento autoritativo, ad es., nella creazione delle autorità di vigilanza come Consob o Banca d'Italia) o perseguendo finalità proprie (di pubblico interesse e di garanzia di un adeguato soddisfacimento dei bisogni collettivi, come ad es. nella disciplina della concessione dei servizi essenziali); in secondo luogo, esso è, anche all'interno della macrofamiglia del diritto privato, un *ordinamento speciale*, ispirato e retto da principi autonomi, poggiati sulle specificità delle attività economiche, rispetto alle ordinarie relazioni privatistiche tra i componenti della comunità.

I. *La nascita e l'affermazione del diritto commerciale: cenni storici*

Gli storici insegnano che il diritto commerciale è il frutto del genio italiano ed europeo dell'epoca tardomedievale. Nel **Vicino Oriente antico**, in **Grecia** e nell'**Impero romano** esistevano attività produttive (agricole ed artigianali) e traffici locali e a lunga distanza, ma – secondo l'opinione comune – non esisteva un diritto commerciale, cioè un corpo articolato di norme specificamente rivolto alla loro disciplina e distinto da quello destinato a regolare i rapporti non commerciali: le relazioni giuridiche nascenti da tali attività erano soggette al diritto civile e, se norme speciali, anche di particolare interesse, non mancavano¹, queste non raggiunsero mai una numerosità e un grado di organicità tali da poterle erigere a sistema². Le ricerche che pure si sono sforzate di enucleare, specie nelle *poleis* greche, un sistema siffatto (che avrebbe avuto ad oggetto principalmente il commercio marittimo e che, frutto delle consuetudini osservate in tutto il Mediterraneo, avrebbe trovato applicazione generalizzata, oltre i confini delle singole città-stato)³ non sono bastate a far retrodatare l'atto di nascita della nostra materia, che la storiografia predominante continua a collocare dopo l'anno Mille d.C.

È in quest'epoca che il continente europeo si risollewa progressivamente dal declino culturale e sociale che aveva caratterizzato i secoli successivi alla caduta dell'Impero romano d'occidente e che l'economia perde il suo carattere eminentemente rurale e curtense,

¹ CIAN, *Le antiche leggi, passim*.

² SANTARELLI, *Mercanti*, 50 ss.; COTTINO, *Introduzione*, 3 ss.; GOLDSCHMIDT, *Storia*, 41 ss.; GALGANO, *Lex*, 26 ss.; BIANCHINI, voce *Diritto commerciale nel diritto romano*, *D⁴, sez comm*, IV, 1989, 320 ss.; ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, 4 ss. L'assunto dell'inesistenza di un sistema di leggi commerciali nelle culture premedievali ha confinato però nell'ombra anche gli elementi di modernità che i relativi ordinamenti in realtà contenevano: l'idea fondante del diritto commerciale (esigere la produzione e gli scambi una regolazione differenziata per la specialità degli interessi implicati) era tutt'altro che assente, persino nelle più antiche culture mesopotamiche; v. diffusamente CIAN, *Le antiche leggi*.

³ PAOLI, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, *RDComm*, 1935, I, 36 ss. Anche rispetto all'ordinamento giuridico romano si è affacciata in dottrina l'idea della ricostruibilità di un sistema del diritto commerciale in senso proprio: CERAMI-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010; DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una "zona d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 413 ss.; ID., *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica (II sec. A.C.-II sec. D.C.)*, Milano, 1984.

affrancandosi dal sistema feudale e sviluppando un vasto movimento di commerci sempre più fiorente e di respiro internazionale. È, in Italia, l'**epoca dei Comuni**, all'interno dei quali una nuova classe sociale, quella dei *mercanti*, fa la sua comparsa nel gran teatro del mondo, acquisendo un'importanza sociale, un'influenza politica e ricchezze viepiù crescenti⁴. Siamo nei secoli XI-XIII: i centri urbani si ripopolano, i traffici animano la vita comunitaria, la cultura rifiorisce e getta le fondamenta di quei monumenti che, nel campo dell'arte, dalla letteratura alla pittura, illumineranno l'alba della nuova era ed eserciteranno un'influenza continua nei secoli a venire.

A propria difesa, per la protezione e la promozione delle proprie iniziative, i mercanti si riuniscono nelle **Corporazioni di arti e mestieri**, associazioni di categoria per la verità sempre esistite, ma che in quest'epoca assumono un'importanza mai prima di allora avuta (famoso e potente le Arti, a Firenze, ed in particolare quella dei lanaioli) e che in alcuni centri rivestono un ruolo politico e non solo economico fondamentale⁵. È al loro interno che si getta il seme del diritto commerciale. I mercanti hanno esigenze e interessi che il diritto comune (il *corpus iuris* romano, avente all'epoca valore universale, e i precetti del diritto canonico, che guidano la vita sociale non meno di quella spirituale) non è in condizione di soddisfare, a causa del formalismo che lo caratterizza e dell'estraneità dei suoi principi informativi alle dinamiche degli affari: è allora nella pratica del commercio che, attraverso la formazione progressiva di usi osservati dai mercanti nei loro rapporti, si crea un complesso di regole di portata e numero sempre crescenti, **consuetudini** inizialmente non scritte, che poi vengono raccolte e codificate negli **Statuti** delle Corporazioni, i quali disciplinano minuziosamente l'esercizio delle rispettive attività. A questi usi e a questa disciplina sono vincolati i mercanti iscritti alla Corporazione, i cui consoli ne garantiscono l'applicazione, esercitando nei confronti degli associati il *potere giudiziario*.

Il diritto commerciale nasce dunque come **diritto di classe**, *autonomo* sia sul piano delle *fonti*, diritto creato dagli stessi mercanti nel proprio interesse, sia sotto il profilo dei *destinatari* e della *potestà giurisdizionale*, in quanto destinato a regolare i rapporti tra i mercanti medesimi e ad essere applicato ed imposto da giudici speciali di loro emanazione. La sua autonomia rispetto allo *ius civile* risalta nella *novità delle soluzioni giuridiche* e nella sua *vocazione ad essere un diritto di applicazione sovranazionale*, espressione dell'universalità delle esigenze mercantili e dell'estensione territoriale dei traffici.

È così che il diritto commerciale contribuisce a superare il formalismo nella conclusione del contratto, tipico del diritto romano, ma inaccettabile in un mercato che esige speditezza e libertà di forme; che il diritto commerciale sovverte il divieto canonico di prestare a interessi (*nummus non parit nummos*), che affondava le proprie radici nell'interpretazione del testo biblico e che, eticamente comprensibile se il denaro è destinato ad aiutare un debitore bisognoso, non ha ragion d'essere quando chi lo riceve a prestito intende investirlo in un'iniziativa economica per trarne un profitto. È così che, inoltre, si getta il seme di istituti e rapporti negoziali innovativi, quali il *contratto di assicurazione* (che nasce, sembra, nel commercio marittimo, mediante l'attribuzione preventiva di una somma di denaro pari al valore del carico trasportato, a favore del capitano della nave – l'indennizzo, versato in anticipo per il caso di naufragio o perdita della merce –, e la restituzione della stessa somma, con una maggiorazione – il premio riconosciuto all'assicuratore –, in caso contrario), la *cambiale* (che nasce nei rapporti *ex causa cambii*, in cui il mercante che si accinge ad un viaggio consegna del denaro ad un terzo, il quale si confessa suo debitore, rilasciandogli un documento in cui si impegna a consegnargli, per mezzo del proprio corrispondente nel

⁴ SANTARELLI, *Mercanti*, 35 ss.; GOLDSCHMIDT, *Storia*, 79 ss.; PIERGIOVANNI, voce *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, *D^t, sez comm*, IV, 1989, 335 ss.

⁵ Per i profili giuridici v. PADOA SCHIOPPA, *Saggi*, 15 ss.

paese di destinazione, una somma equivalente a quella ricevuta, in valuta locale), le *società* (le compagnie di mercanti e l'accomandita, più tardi le grandi società anonime), nei secoli successivi la *borsa*⁶.

In questa prima fase, la scena economica è dominata dall'*attività di intermediazione* nella circolazione delle merci. L'*attività di produzione* è svolta a livello ancora elementare, nelle botteghe, da numerosissimi, piccoli artigiani che si avvalgono dell'aiuto dei familiari o di pochi apprendisti; sono i mercanti, invece, ossia coloro che acquistano dagli artigiani per rivendere al minuto, i veri protagonisti della vita economica, la cui attività assume talvolta dimensioni accostabili a quelle di certe strutture distributive moderne, che investono capitali ingenti in ardite operazioni e si arricchiscono esponenzialmente, che espandono la propria attività in territori sempre più vasti. La frammentaria galassia degli artigiani (alla produzione della lana e delle pelli che il mercante rivende contribuiscono tessitori, tintori, lavatori, conciatori, pettinatori, tiratori, filatori, ecc.) resta loro subalterna, economicamente, socialmente ed organizzativamente. È l'**apogeo del commercio** ed è per questo che il sistema normativo nascente prende il nome di "diritto commerciale" (*ius mercatorum*).

Si tratta di un sistema che non risponde ad interessi locali, ma territorialmente universali, ed è per tale motivo che le soluzioni consuetudinarie che in esso si formano vengono rapidamente accolte in tutta Europa: il seme attecchisce ovunque giungano i mercanti. È inoltre un sistema che, per sua natura e non solo per il crescente peso politico-sociale del ceto di cui è espressione, tende ad estendere il proprio raggio d'azione oltre la ristretta cerchia dei suoi originari destinatari: esso offre infatti soluzioni giuridiche efficienti e di maggiore modernità, meglio adatte dello *ius civile* ad una società animata da una propensione al progresso che ormai coinvolge ogni classe ed ogni aspetto della vita cittadina; il diritto commerciale è un diritto di fonte elitaria, ma non classista. Per entrambe queste ragioni, progressivamente, se ne afferma sul piano soggettivo l'applicabilità (con assoggettamento alla giurisdizione consolare) ad ogni mercante, indipendentemente dall'appartenenza o meno alla Corporazione, e poi anche nei rapporti tra un mercante ed un terzo. L'attrazione è graduale, ma irresistibile. Sul piano oggettivo, inoltre, principi inizialmente operanti solo nelle relazioni commerciali, come quello dell'onerosità dei prestiti di denaro o della libertà delle forme contrattuali, nel tempo si generalizzano e sovvertono, anche per i rapporti prettamente civili, gli antichi dogmi. La carica delle novità portate o corroborate dallo *ius* dei mercanti è dirompente.

A partire dal **XVI-XVII secolo** lo scenario muta profondamente⁷. Politicamente, il rafforzamento degli Stati nazionali fa emergere la tendenza all'accentramento del potere legislativo e all'attrazione delle iniziative mercantili sotto il controllo statale; socialmente, i centri propulsori dell'economia si spostano nel nord dell'Europa e le rotte dei traffici valicano i confini del Mediterraneo e dell'Europa cristianizzata per aprirsi ai territori d'oltremare, dove sono spagnoli e portoghesi, inglesi e olandesi a dominare.

Nel contenuto, il diritto commerciale perfeziona i modelli formatisi per via consuetudinaria nei secoli precedenti, ma soprattutto elabora nuovi, complessi istituti. Nelle Compagnie coloniali, entità che sorgono per concessione statale, cui è accordato il beneficio della responsabilità limitata e che raccolgono capitali ingenti tra investitori d'ogni sorta per amministrare i commerci transoceanici, si sono viste le progenitrici delle moderne società per azioni (la Compagnia olandese delle Indie orientali nasce nel 1602): organizzazioni as-

⁶ Cfr. ampiamente COTTINO, *Introduzione*, 39 ss.; ASCARELLI, *Corso*, 8 ss.; GOLDSCHMIDT, *Storia*, 188 ss.

⁷ GALGANO, *Lex*, 77 ss.; ASCARELLI, *Corso*, 27 ss.; SPADA.

sai potenti (fornite persino di una propria milizia), in cui si intrecciano interessi economici e nazionali, ambizioni di profitto e politico-espansionistiche. Con l'accrescersi degli investimenti finanziari e il conseguente bisogno di una rapida circolazione della ricchezza si sviluppano le borse, luoghi in cui si concentrano gli scambi di merci e di partecipazioni nelle grandi imprese mercantili.

Questo secondo periodo è però, per il diritto commerciale, una fase di rottura rispetto all'epoca comunale soprattutto sul piano delle fonti: lo stato nazionale accentra su di sé il potere legislativo e la produzione normativa diviene, anche in questo settore, una produzione statale; nel 1673 la Francia di Luigi XIV e di Colbert emana l'*Ordonnance du commerce* (il c.d. *Code Savary*), cui segue, dopo pochi anni, quella della marina. Il diritto commerciale resta un diritto speciale, destinato a regolare l'attività dei commercianti, ma non è più un diritto di fonte elitaria. È l'avvio dell'opera di codificazione, che culminerà nei secoli successivi e che ancora informa gli ordinamenti di *civil law*.

Anche la **dottrina giuridica** progredisce nei secoli e si dedica con piglio sempre più sistematico allo studio del diritto commerciale. Se già nei primi tempi non mancano esempi di opere a carattere peraltro spiccatamente empirico e casistico, è importante ricordare che il primo, organico Trattato riservato alla materia risale alla metà del '500: il *Tractatus de mercatura* dell'anconetano Benvenuto Stracca⁸.

Il diciottesimo è il secolo della **rivoluzione industriale** e della **rivoluzione francese**.

La prima muta per sempre lo scenario economico: la produzione assume le forme della produzione di massa e l'industria soppianta il commercio come protagonista del mercato; si affermano nuove esigenze e si disvelano nuovi interessi, che guideranno la maturazione del sistema legislativo sino al nostro secolo.

La rivoluzione francese agisce invece sulla concezione stessa del diritto commerciale come diritto di classe. L'abolizione di ogni forma di privilegio e di distinzione tra ceti sociali, l'affermazione incontrastata del principio di libertà – che è, rispetto alle attività produttive, libertà di iniziativa economica – portano ad un rovesciamento sostanziale del sistema commercialistico, il quale, da *corpus* normativo costruito su basi soggettive, cioè imperniato sulla figura e sulla disciplina di una determinata categoria di soggetti (gli industriali e i commercianti), diventa un **sistema a base oggettiva**, a cardine del quale è posto l'*atto di commercio*, fattispecie comportamentale, cui è riservata una disciplina speciale a prescindere dalla natura dei soggetti che la pongono in essere. Il mutamento è radicale e non solo di prospettiva. Nei secoli precedenti, la *mercatura* era riservata a coloro che ottenevano l'associazione alla Corporazione, ed ancora l'*Ordonnance* colbertiana, nel XVII secolo, precisava le condizioni soggettive (di età, di apprendistato presso un mercante), alle quali era subordinata l'autorizzazione all'esercizio del commercio; e il diritto commerciale, con i suoi Tribunali speciali, era un ordinamento rivolto esclusivamente a chi entrava a far parte della relativa categoria. Ora esso diviene un diritto che regola un certo tipo di atto, da chiunque compiuto; ad es., l'acquisto di una merce per la sua lavorazione e la successiva rivendita è soggetto a questo diritto, anche se compiuto occasionalmente da chi non si occupa per professione della produzione e dell'intermediazione nel traffico dei beni.

È il *Code de commerce* napoleonico (1807) a consacrare il passaggio al nuovo modello, cui nei decenni successivi si ispirerà l'opera di codificazione del giovane stato unitario italiano.

L'800 è infatti il secolo delle **grandi codificazioni**. La Germania e l'Italia vi giungeranno, a causa della frammentazione politica che contraddistingueva i loro territori, più tardi

⁸ COTTINO, *Introduzione*, 91 ss.; PIERGIOVANNI, voce *Diritto commerciale*, 342 ss.

rispetto allo stato francese, ma nella seconda metà del secolo il processo è compiuto anche in questi paesi.

Il primo **Codice di commercio** dell'Italia unita (che affianca il Codice civile) risale al **1865**, ma fu presto sostituito da un secondo Codice, del **1882**. Anche quest'ultimo è imperniato sul concetto di atto di commercio e configura il diritto commerciale come un sistema a matrice oggettiva⁹. L'art. 3 enumera (in una elencazione non tassativa) ventiquattro tipi di atto, dalla compera di derrate o di merci a scopo di rivendita, alla stessa loro rivendita, dalle operazioni di banca alle cambiali, alle assicurazioni, dalle imprese di fabbriche e di costruzioni a quelle di spettacoli pubblici; la figura del commerciante è definita solo per derivazione, essendo tale colui che "per professione abituale" compie atti di commercio (art. 8). La portata applicativa del sistema speciale è assai ampia, poiché vi sono assoggettati tutti i contratti del commerciante che non attengano essenzialmente alla sua vita civile (art. 4) e perché, se un atto è commerciale per una sola delle parti (la rivendita di beni, da parte del dettagliante al consumatore finale), alla legge speciale restano comunque assoggettate entrambe (art. 54). Il diritto dei commercianti finisce così per assumere una dimensione ed un ruolo preponderanti, poiché, come rilevava Cesare Vivante, non vi era momento e passo della vita di un uomo che non vi fosse sottoposto.

Sul piano del contenuto, la contrapposizione tra questa legge e il diritto civile era evidente: nelle *fattispecie regolate*, poiché lo stesso tipo di atto riceveva un trattamento giuridico diverso, rispettivamente dal codice civile e da quello di commercio, a seconda del contesto in cui si inseriva (vi erano una vendita civile e una vendita commerciale, le società commerciali e quelle civili); nei *principi normativi*, poiché per i contratti commerciali e per le relative obbligazioni operavano regole non coincidenti con quelle civili (ad es., gli obbligati civilmente non erano tenuti in solido se non per patto espresso, mentre la solidarietà era presunta nelle obbligazioni commerciali); nelle *fonti*, poiché il diritto civile poteva operare nella materia del commercio solo se nulla disponevano le leggi commerciali (eventualmente applicate anche per analogia), o, in loro mancanza, gli usi mercantili¹⁰.

Nel frattempo, alla fine del secolo, vennero aboliti i Tribunali speciali: l'oggettivazione dello *ius mercatorum* è un processo compiuto.

Animava gli studi giuridici italiani, in quell'epoca e specie nei primi decenni del ventesimo secolo, una riflessione profonda sul valore e sull'opportunità di una distinzione tra due codici e tra due diritti. Lo stesso Cesare Vivante caldeggiò inizialmente l'unificazione dei sistemi, persuaso che un diritto votato alla difesa del commercio, ispirato ai principi di una competizione economica serrata e con regole severe a tutela del credito (la solidarietà passiva, il rigore nei termini di adempimento, ecc.), e dunque sbilanciato a favore del ceto imprenditoriale, dovesse trovare, nella fusione con il diritto civile, un equilibrio maggiore, una sensibilità più spiccata nei confronti dei consumatori, un più sapiente compromesso con le esigenze solidaristiche della comunità sociale¹¹. Altre voci si levarono invece a difesa del dualismo e lo stesso Vivante, in seguito, ritornò sulle sue posizioni¹². Nei primi decenni

⁹ Si è peraltro rilevato come la funzione del sistema fosse quella di regolare, più che i singoli atti, isolatamente considerati, l'*attività* del commerciante nel suo complesso: AULETTA, *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 75 ss.

¹⁰ Sulla nascita del codice di commercio v. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *1882-1982. Cento anni*, cit., 3 ss. La dicotomia tra i due sistemi è stata per la verità da taluno svalutata, almeno sotto il profilo del rango delle rispettive fonti: cfr. G. CIAN, *Diritto civile*, 537 ss.

¹¹ VIVANTE, *Introduzione al Trattato di diritto commerciale*⁵, I, Milano, 1922, 7 ss.

¹² VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, *RDComm*, 1925, I, 572 ss.; MOSSA, *Per il nuovo codice di commercio*, ivi, 1928, I, 16 ss.; ROCCO, *Principi*, cit., 64 ss.; tra gli studi

del '900, d'altra parte, sul piano politico l'orientamento sembrava del tutto favorevole alla conservazione dei due sistemi, tanto che si lavorò a più riprese ai progetti per un nuovo codice di commercio.

La storia, però, prese una strada diversa. Nel 1942 venne varato il nuovo **codice civile**, e la *materia del commercio trovò posto al suo interno*, occupandone il quinto libro dedicato al "Lavoro". Almeno in Italia (altri paesi come la Germania e la Francia tuttora conservano la distinzione) la stagione della doppia codificazione si chiuse così.

Le ragioni dell'**unificazione**, in qualche modo repentina, sono state ricollegate all'ideologia politica fascista dell'epoca, la quale cercava, attraverso la riconduzione ad unità sotto il segno del *lavoro*, di comporre i conflitti di classe nel nome di una nuova pace sociale: anche l'imprenditore doveva essere visto come un lavoratore e il suo profitto come la ricompensa dell'opera che egli prestava¹³. È certo peraltro, come dimostra il dibattito che aveva animato la scuola commercialistica nei decenni precedenti, che anche ragioni sociali ed economiche più profonde influirono sull'esito del processo di riforma: la logica del dualismo normativo – un diritto per il vivere civile e per la proprietà fondiaria, un altro per il commercio – usciva compromessa dall'industrializzazione e dalla massificazione dei processi produttivi, che aveva portato ad una penetrazione capillare del sistema economico in quello sociale: come rilevava Tullio Ascarelli, il superamento della dicotomia che, nel passato, aveva contrapposto l'agricoltura all'industria e al commercio, i ceti nobiliari a quelli mercantili, è il portato della produzione industriale di massa, che, a mano a mano che permea la vita della comunità sociale, non esige più l'introduzione di istituti normativi speciali, collaterali a quelli tradizionali, ma determina una trasformazione di tutta la struttura sociale e dunque di tutti gli istituti giuridici che vi presiedono¹⁴.

L'unificazione dei codici non rappresentò, proprio per queste ragioni, un'operazione di mero *maquillage*, cioè una semplice aggregazione, entro un testo normativo indiviso, di istituti e discipline destinati a rimanere comunque distinti sul piano del contenuto e dell'ambito di applicazione. Scompare invero la figura dell'atto di commercio e soprattutto ne scompare la disciplina: il diritto delle obbligazioni è ormai retto da principi uniformi, che prescindono dalla natura del negozio che dell'obbligazione è fonte. E tuttavia l'unificazione non è avvenuta attraverso la cancellazione della disciplina speciale e l'attrazione dei negozi commerciali entro l'ambito di applicazione dello *ius civile*; è coincisa, all'opposto, con la generalizzazione proprio dei principi di diritto speciale e con il loro affermarsi quali *nuovi principi comuni privatistici*: da quelli antichi, come la naturale onerosità dei prestiti di denaro, a quelli che ancora nei codici ottocenteschi contrapponevano lo *ius mercatorum* a quello *civile* (la solidarietà passiva, il carattere fruttifero dei debiti pecuniari liquidi ed esigibili, ecc.). È il fenomeno della **commercializzazione del diritto privato**.

Permane tuttavia, all'interno del codice del 1942, una disciplina dell'organizzazione d'impresa, così come permangono, al di fuori di esso, una disciplina delle crisi d'impresa, una della concorrenza, una delle privative industriali e via discorrendo; il che non ha sopito le discussioni sull'autonomia o meno, ancora oggi e seppure su piani diversi dal passato, del diritto commerciale sotto il profilo giuridico, cioè dell'erigibilità a sistema indipendente del complesso di norme dedicate all'impresa, tuttora sussistenti: l'unicità del testo legi-

dell'epoca cfr. anche ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?*, *RDComm*, 1927, I, 507 ss.; sul dibattito del tempo v. *amplius* TETI, *Codice civile*; COTTINO, *Introduzione*, 383 ss.

¹³ SPADA; AULETTA, *L'impresa*, cit., 82 s.; GALGANO, *Lex*, 132. Sull'unificazione v. TETI, *Codice civile*; RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003; ASCARELLI, *Corso*, 93 ss.; FERRARA-CORSI; ASQUINI, voce *Codice di commercio, EncD*, VII, 1960, 251 ss.

¹⁴ ASCARELLI, *Corso*, 122 ss.

slativo rappresenta infatti, di per sé, un dato solo formale, che non pregiudica la questione sostanziale della compresenza di due corpi normativi distinguibili, questione che deve essere risolta su altre basi: la pregnanza e l'organicità dell'uno rispetto all'altro, l'enucleabilità di principi ispiratori differenziati e la riscontrabilità di obiettivi legislativi distinti, che possano influire sull'attività di interpretazione dei rispettivi istituti e di integrazione delle lacune (*infra*, III). E così l'antico spirito del diritto commerciale si perpetua, riproponendo in forme nuove interrogativi ineludibili, segno di una vitalità inestinguibile e dell'intreccio del pensiero giuridico con i grandi temi del vivere sociale.

II. *Il contenuto del diritto commerciale e le traiettorie del suo sviluppo nell'era moderna*

Il diritto commerciale, si è detto, è il diritto privato delle attività produttive, ossia quel complesso di istituti e di norme dedicati alla disciplina dei profili privatistici di queste attività.

Al vertice del sistema si pone il **concetto di impresa**. Questa è definita nell'art. 2082: è *l'attività economica organizzata svolta professionalmente, diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi*: dunque sia l'attività di chi crea nuovi beni per destinarli al mercato (il produttore), o offre servizi (di trasporto, custodia, ecc.), sia quella di chi media nella circolazione degli uni o degli altri (il rivenditore al dettaglio, l'agente di viaggi, ecc.).

Le **esigenze** che muovono il legislatore ad apprestare una disciplina specifica dedicata a questo aspetto della vita sociale sono state già evidenziate: la *tutela del credito*, la *stabilità dell'impresa*, la *sicurezza del traffico giuridico*, la *genuinità della competizione economica*, l'*equilibrio nei rapporti d'affari*; obiettivi il cui perseguimento promuove lo sviluppo del benessere collettivo e il progresso sociale, e riassumibili, in definitiva, in uno: la **tutela del mercato**, da tutte le sue angolature.

L'attività d'impresa è un complesso, distribuito e articolato nel tempo, di atti materiali e giuridici, ciascuno dei quali conserva come tale la propria individualità, ma *il cui coordinamento e la cui finalizzazione entro la cornice dell'iniziativa economica globalmente considerata* fanno affiorare quegli interessi, cui il diritto privato comune non attende, sollecitando dunque la sensibilità del legislatore verso una loro specifica tutela.

Basta pensare alla protezione del creditore, per la quale, al cospetto di un rapporto obbligatorio isolato (non commerciale, cioè), sono sufficienti per il caso dell'inadempimento gli strumenti negoziali e coercitivi offerti dal diritto civile sostanziale e processuale (la cui attivazione è affidata all'iniziativa dello stesso creditore), mentre, in presenza di un'impresa in crisi, alla luce del fatto che un'attività di questo tipo si innerva in un più ampio tessuto economico e che attorno ad essa può ruotare una moltitudine di creditori, parte dei quali pure contribuiscono a comporre con la propria attività il contesto produttivo di riferimento (finanziatori, fornitori, dipendenti, clienti), si impone la necessità di predisporre strumenti preventivi e rimediali più incisivi e diversi, al fine di garantire la conservazione dei valori imprenditoriali eventualmente ancora presenti, nonostante la crisi, e di evitare che questa si propaghi per contagio nel sistema economico: di qui la *disciplina delle procedure concorsuali*, che conducono, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore in crisi per la sod-

disfazione ordinata, proporzionale e collettiva dei suoi creditori, oppure al risanamento dell'impresa per la salvaguardia del patrimonio produttivo e della stabilità occupazionale. Sul fronte contrattuale, se il principio della libertà di autodeterminazione dei contraenti può esplicarsi con pienezza nei rapporti puramente civili, nelle relazioni d'affari si manifesta invece l'esigenza di garantire un ordinato sviluppo delle dinamiche comportamentali e l'effettività delle dinamiche competitive: di qui il *divieto dei comportamenti anticoncorrenziali* e la *disciplina di tutela del consumatore*.

E così via.

Il diritto dell'impresa non costituisce però *una disciplina organica dell'attività produttiva*: non esiste cioè un *corpus* normativo dedicato, che copra con regole speciali ogni profilo privatistico del suo esercizio.

Tale attività, infatti, *ricade per molti aspetti nell'ambito di applicazione del diritto privato e dei suoi principi comuni*. Per meglio dire, i singoli atti in cui l'attività è scomponibile sono tendenzialmente disciplinati dal diritto privato comune: il contratto di compravendita per mezzo del quale l'imprenditore acquista il veicolo destinato al trasporto delle merci, ad es., è soggetto alla disciplina generale dei contratti e alla disciplina generale della compravendita, contenute nel quarto libro del codice civile; il pagamento, da parte del cliente, del corrispettivo pattuito per il suo trasporto in ferrovia è soggetto alla disciplina generale delle obbligazioni, contenuta anch'essa nel medesimo libro del codice. *Uno è infatti, oggi, il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, diritto che presiede alla formazione, all'esecuzione, alle vicende dei rapporti giuridici tanto civili quanto commerciali; ogni singolo momento dell'esercizio dell'impresa è dunque retto essenzialmente dallo *ius civile*.

Il diritto commerciale, mosso dall'esigenza di proteggere i peculiari interessi che, come si è evidenziato, nascono quando i singoli atti non si configurano come accadimenti giuridici isolati, ma si intrecciano e vengono coordinati nel quadro di una iniziativa produttiva complessa e unitaria (si compenetrano, dunque, in una *attività*), interviene (ad *integrazione*, ma talvolta anche in *deroga*, rispetto alla disciplina privatistica generale) per regolare quei profili dell'attività, in relazione ai quali più stringenti si fanno le *esigenze di protezione e di promozione del mercato*. Si può dire che il diritto civile guarda all'atto giuridico e al rapporto in quanto tali, il diritto commerciale guarda invece all'attività (introducendo ad es. doveri comportamentali relativi ad essa, come l'obbligo di informazione al mercato o di tenuta delle scritture contabili), o all'atto in quanto elemento dell'attività (si pensi all'invalidità delle clausole vessatorie per mezzo della quale è imposto, a tutela del consumatore, un equilibrio contrattuale non assicurato dalla disciplina generale dei contratti, e che si giustifica in ragione del fatto che il rapporto esprime, per l'altro contraente, le modalità di declinazione delle relazioni commerciali inerenti alla sua attività).

Si delinea così un **diritto dell'impresa** (o *statuto dell'imprenditore*), complesso di istituti e di disposizioni destinati a chiunque intraprenda un'iniziativa economica avente le caratteristiche definite nell'art. 2082. E si disciplinano essenzialmente:

- a) l'informazione al mercato;
- b) l'organizzazione dell'apparato produttivo;
- c) le dinamiche relazionali e competitive nel mercato;
- d) le vicende dell'impresa, in particolare circolazione e crisi.

Il terzo di questi nuclei tematici richiede una precisazione. Esso comprende il *diritto della concorrenza*, ma vi si può ricondurre anche il tema della **contrattazione d'impresa**. Si è detto, per la verità, che il codice del 1942, abbandonando il sistema delle codificazioni ottocentesche, non ha accolto la figura degli atti di commercio, né ha dedicato ai rapporti negoziali dell'imprenditore principi autonomi rispetto a quelli del diritto civile: nell'esercizio della propria attività, il professionista attinge, come il comune cittadino, ai tipi contrattuali indifferentemente regolati, l'uno di seguito all'altro, nel quarto libro del codice e, come costui, resta soggetto interamente alla disciplina generale pure codificata nello stesso libro (se si eccettua qualche sporadica norma speciale: artt. 1330, 1368, 1722 n. 4). In questo quadro, l'espressione "contratti d'impresa" parrebbe rappresentare solo un omaggio alla tradizione. È vero che, nel vasto panorama di negozi tipizzati nel codice, ve ne sono alcuni che presuppongono, di fatto o *ex lege*, il carattere imprenditoriale di una delle parti (ad es. l'assicurazione, il deposito, il trasporto), e che la prassi commerciale internazionale ha elaborato figure atipiche ormai standardizzate e di ordinario impiego nelle attività economiche (*leasing, franchising*, ecc.); la loro riconduzione ad una categoria unitaria ed autonoma, peraltro, non avrebbe sotto questo profilo altro significato che quello di una ricognizione della realtà sociale e di una classificazione fondata su criteri empirici e descrittivi. Le moderne tendenze legislative e applicative inducono tuttavia ad un ripensamento di questa posizione. Vanno invero emergendo sempre più diffusamente principi e concetti, calibrati sulle dinamiche economiche, che si discostano da quelli propri del diritto civile (dallo "squilibrio" tra le parti, alla "dipendenza economica", all'astrattezza negoziale), attorno a cui una logica ispiratrice, se non un vero e proprio sistema dei contratti d'impresa, può forse essere ricostruita. È in questo quadro che si inserisce, in particolare, l'assai ampio *corpus* normativo che, su impulso dell'Unione europea, è venuto formandosi a presidio dei **rapporti tra professionista e consumatore** (oggi raccolto nel Codice del consumo, d.lgs. 206/2005, *a latere* del quale si pongono ulteriori discipline di settore, che regolano i contratti tipici attraverso cui talune categorie di imprenditori erogano alla clientela i propri servizi, come la disciplina sui contratti bancari, contenuta nel Testo Unico Bancario, d.lgs. 385/1993, e quella sui contratti per la prestazione di servizi finanziari, contenuta nel Testo Unico della Finanza, d.lgs. 58/1998). L'insieme è molto eterogeneo, ma risponde ad una logica univoca: quella di *proteggere il contraente debole*. La produzione di massa ha determinato infatti un fenomeno che costituisce ormai lo standard dell'accesso ai prodotti e ai servizi del mercato da parte dei clienti: *la contrattazione parimenti di massa*, con contenuti negoziali imposti, preconfezionati dal professionista e insuscettibili di qualsiasi tipo di trattativa con la controparte. In tale scenario, questa articolata disciplina costruisce la protezione del contraente fondamentalmente attorno a due poli costanti: la *trasparenza* (che combatte le asimmetrie informative tra le parti) e l'*equilibrio delle prestazioni* (che supera il principio della libera estrinsecazione dell'autonomia negoziale). Specialmente (ma non solo) da questo punto di vista, sembra dunque possibile erigere a categoria i contratti commerciali (o del professionista) e ricostruirne un nucleo normativo speciale, collaterale al sistema civilistico generale e riconducibile alla sfera del diritto commerciale, in quanto finalizzato ad assicurare il buon ordinamento dei rapporti nelle attività produttive e la protezione delle parti deboli del mercato¹⁵.

¹⁵ L'inerenza di questa disciplina, e specie di quella relativa ai rapporti con i consumatori, al diritto commerciale piuttosto che al diritto civile è peraltro discussa e resta comunque di relativo valore pratico: cfr. G. CIAN, *Contratti*, 859 s.; OPPO, *Principi*, 69 ss.; ID., *I contratti*, 844 ss.; BUONOCORE, *Presentazione*, 8 ss. La figura dei contratti d'impresa è tornata in auge, nella nostra dottrina, specie grazie al contributo di DALMARTELLO, *I contratti* (dello stesso v. anche la voce *Contratti d'impresa*, *EncGiur*, 1988); e v. poi BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*; ID., *Le nuove frontiere*, 69 ss.; SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002; CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001; ID., voce *Contratti*

Al diritto dedicato all'impresa si affianca l'altro grande *corpus* che forma il diritto commerciale: la **disciplina delle società**. L'attività produttiva può essere esercitata in proprio da una singola persona fisica; numericamente, le imprese individuali sono ancora molto diffuse nel nostro paese. Sempre più spesso, tuttavia, essa fa capo a strutture organizzative, più o meno complesse, che assurgono al rango di organismi di diritto privato, dotati di una propria sfera di autonomia giuridica e patrimoniale: le società.

Al riguardo il legislatore interviene in modo organico, disciplinando la costituzione e le sorti di questi organismi, i meccanismi interni del loro funzionamento ed i rapporti con i terzi. Nuovamente, le esigenze di una regolazione speciale, che si discosti da quella degli organismi di diritto privato di cui si occupa il diritto delle persone (I libro del codice civile), nascono dal carattere speculativo dell'interesse che muove gli operatori economici (diverso dunque dal movente ideale che caratterizza associazioni e fondazioni), un interesse che attiva dinamiche non suscettibili di essere adeguatamente regolate dal diritto delle persone.

È a Lorenzo Mossa, uno dei maestri del diritto commerciale del primo Novecento, che si deve la messa a fuoco della nozione di **impresa** come fulcro della materia¹⁶. Lo statuto sopra illustrato è in realtà in origine calibrato esclusivamente sull'**impresa commerciale medio-grande**, non sull'attività produttiva in generale. Al vertice dell'ordinamento, infatti, viene delineata una *triplice partizione*, che isola, tra le attività economiche, quelle commerciali di medio-grandi dimensioni e ad esse eminentemente destina il *corpus* normativo giuscommercialistico e in particolare il diritto dell'impresa (mentre le società sono in linea di principio aperte a tutte le attività produttive), separandovi: a) le professioni intellettuali; b) le imprese agricole; c) le piccole imprese.

Le ragioni di questa focalizzazione sono di carattere storico e affondano le loro radici nel contesto socio-economico nel quale il legislatore del 1942 era chiamato a calare la disciplina che andava coniando: le tre sottoclassi sostanzialmente sottratte al diritto commerciale rappresentavano infatti, all'epoca, attività che, per la loro natura o la loro dimensione, non sollecitavano le istanze di protezione del mercato (del mercato del credito, della concorrenza, ecc.) con la stessa intensità delle imprese commerciali medio-grandi; erano, in altre parole, iniziative economiche il cui svolgimento poteva restare adeguatamente soggetto, in linea di massima, alla disciplina civilistica comune.

I tempi tuttavia mutano repentinamente e i decenni seguiti all'emanazione del codice civile hanno inciso in profondità sullo scenario del 1942: l'agricoltura si è affrancata dalla dipendenza dalla terra come fattore necessario della produzione (basta pensare alle coltivazioni in serra o agli allevamenti in batteria) e ha assunto dimensioni industriali, la professione intellettuale presenta talvolta una complessità notevole (vi

d'impresa (evoluzione recente), *EncGiur*, 2008; BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica*, I-II, Torino, 2012-2013.

¹⁶ MOSSA, *I problemi*, 243 ss.; ID., *Per il nuovo codice di commercio*, *RDComm*, 1928, I, 16 ss. Va osservato che Mossa scriveva sotto il vigore di un codice fondato sul sistema oggettivo (*supra*, I); ma, nella sua concezione, la nozione di atto di commercio era funzionale alla regolamentazione dell'impresa, mentre gli atti isolati, non coordinati in attività, sarebbero stati da considerare ai margini del diritto commerciale. E sull'impresa come centro nevralgico della materia v. poi, fra i molti, FERRI, voce *Diritto commerciale*, 925 s.; LIBONATI, *La categoria*, 20 s.; BUONOCORE, *Presentazione*, 22 ss.

sono ad es. studi legali o ambulatori dentistici con sedi delocalizzate in molte città, che si avvalgono di personale tecnico e di strumentazioni avanzate). Le attività un tempo “minori” vanno dunque accostandosi potenzialmente sempre più all’impresa commerciale, nelle dimensioni e nel modo del loro svolgimento, così da sollecitare le esigenze di tutela del mercato in misura equivalente ad essa: si rivolgono al sistema creditizio e attingono a capitali esterni per finanziarsi, si pongono tra loro in una dialettica di forte concorrenzialità che muove interessi economici rilevanti (si pensi al valore che hanno certe denominazioni d’origine per i prodotti agricoli, come “Parmigiano”), si dotano di apparati produttivi considerevoli, instaurano con la clientela rapporti standardizzati e spersonalizzati, di tenore analogo a quelli tipici della contrattazione imprenditoriale di massa.

L’ordinamento non rimane insensibile al mutare del quadro socioeconomico. Si fa dunque strada sempre più significativamente una *tendenza all’allargamento dell’ambito di applicazione del diritto dell’impresa*, alla progressiva attrazione delle imprese agricole e piccole e delle professioni intellettuali sotto la disciplina dell’impresa commerciale, a causa di quella che si potrebbe definire la “*commercializzazione*”, nei fatti, *di queste attività*. È una linea di sviluppo normativo in divenire, che ad oggi presenta un grado alterno di concretizzazione, sia per la tradizionale, non immediata capacità del legislatore di reagire al mutamento degli scenari economici, sia per le resistenze politiche e corporative a rinunciare ai privilegi e all’identità del proprio ruolo professionale. Ma è uno dei *filis rouges* del moderno diritto commerciale, una prospettiva da cui non si può prescindere ormai di guardare al diritto dell’impresa.

Tra le attività produttive, quelle concepite dal codice del 1942 senz’altro come le più distanti dall’impresa commerciale erano e sono le **professioni intellettuali** (dell’avvocato, notaio, architetto, ingegnere, ecc.): attività che di per sé rispondono a tutti i requisiti dell’art. 2082, ma che, per una precisa scelta legislativa (art. 2238), restano sottratte alla disciplina dell’impresa. Come si è osservato, è una dicotomia che affonda le proprie radici nel passato, quando professioni liberali e mercatura erano percepite come attività del tutto diverse e irriducibili ad unità, le une basate quasi esclusivamente sulla capacità e lo sforzo intellettuale di un uomo, le altre sul capitale, sulla produttività di un apparato aziendale, sull’opera di coordinamento, organizzazione e gestione di uno o più commercianti. Se l’epoca moderna ne ha peraltro determinato un sensibile ravvicinamento, la disapplicazione della disciplina dell’impresa finisce ormai per tradursi in un *privilegio* per le attività liberali (ad es., il professionista non è soggetto alle procedure concorsuali).

Si registra allora, almeno sotto alcuni profili, la riduzione ad unità delle attività imprenditoriali e di quelle intellettuali sotto la nozione di “attività economica” e di “professionista”: in particolare la disciplina a tutela della concorrenza viene costantemente applicata, dalle autorità nazionali e comunitarie, sia agli imprenditori (tutti) che a chi svolge un’attività liberale; gli istituti a protezione dei consumatori operano nei rapporti con i “professionisti” genericamente intesi e non solo nei rapporti con gli imprenditori; i modelli organizzativi societari sono accessibili anche per l’esercizio di attività intellettuali (con una disciplina specifica per alcune di esse, come nella società tra avvocati e nella società di revisione).

Permane ancora, sotto ogni altro aspetto, l’estraneità della professione liberale alla

disciplina dell'impresa, segno che quella commercialistica è materia dai confini mobili e, nel tempo, mutevoli. Ma le tendenze legislative e interpretative recenti consentono di affermare che oggi *il diritto commerciale è, almeno in prospettiva, sempre più il diritto (privato) delle attività produttive in senso ampio e sempre meno il diritto delle sole imprese.*

Pur compresa nella nozione generale di impresa, anche l'attività agricola, come si è detto, resta distinta da quella commerciale e sottratta al nucleo fondamentale del relativo statuto. Storicamente, il diritto commerciale nacque come disciplina del commercio, contrapposta al diritto della società curtense, del *cives* e della proprietà fondiaria. **Commercio** (e industria, a mano a mano che la produzione si trasformava da fenomeno artigianale, qual era ancora nell'età comunale, in fenomeno di più larga scala, a dimensione industriale e di massa) e **agricoltura** erano e rimasero sempre divisi sia dal punto di vista sociale (il primo animato dalla borghesia, la seconda sotto il controllo nobiliare e dei proprietari terrieri), sia da quello regolamentare, oggetto dello *ius mercatorum* l'uno, ricondotta nell'alveo dello *ius civile* l'altra.

Questa contrapposizione era evidente anche nel Codice di commercio del 1882, che trascurava del tutto l'attività agricola, e agitò la dottrina dei primi del '900, quando nella controversa ipotesi di un'unificazione dei codici si vide il mezzo per la fusione, sotto il profilo del trattamento giuridico, dei due motori dell'economia nazionale¹⁷. Il legislatore del 1942 scelse una soluzione di compromesso, fortemente sbilanciata, peraltro, in ossequio alla tradizione. Al vertice del sistema veniva introdotta la figura generale dell'imprenditore, con la ricomprensione al suo interno di quello agricolo (art. 2135), ma al relativo statuto non veniva assegnato un ruolo altrettanto centrale: se è vero infatti che il nuovo quadro concettuale si fondava sulla volontà di assoggettare ogni attività economica all'ordinamento corporativo dell'epoca (v. artt. 2084 ss.), tuttavia il cuore della disciplina commercialistica (dalla pubblicità nel registro delle imprese alla contabilità d'impresa e alle procedure concorsuali) rimaneva destinato esclusivamente all'imprenditore commerciale non piccolo, la pregnanza del cui statuto superava di gran lunga quella dello statuto generale, circoscritto, fondamentale, alla disciplina sulla concorrenza sleale e, in parte, sulla circolazione dell'azienda. Al punto che, scomparso quasi subito (nel 1943) il sistema corporativo, vi fu nei decenni successivi, a fronte di chi difese comunque il valore della categoria generale, chi attribuì per contro alla nozione di imprenditore agricolo (e di piccolo imprenditore commerciale) una rilevanza sostanzialmente negativa, consistente essenzialmente nella sottrazione della relativa attività al diritto commerciale e nella sua riconduzione sotto l'egida del diritto civile¹⁸.

Si trattava di una scelta, ancora nel 1942, comprensibile: la coltivazione della terra, così legata ad un fattore produttivo quasi esclusivo e dipendente dalle variabili climatiche, aveva caratteristiche ontologicamente diverse dall'attività industriale e mercantile. Come si è detto, i decenni successivi hanno in parte mutato questo scenario e testimone attento ne è stato lo stesso legislatore, che nel 2001 ha introdotto una nuo-

¹⁷ ASQUINI, *Codice*, cit., 507 ss.

¹⁸ Cfr. ASCARELLI, *Corso*, 129 ss.; G. CIAN, *Diritto civile*, 545.

va, più moderna nozione di imprenditore agricolo, sganciandone l'attività dalla necessità del radicamento nell'elemento naturale – la terra – che dagli albori dell'età neolitica ne costituiva il fattore essenziale (art. 2135). In questo scenario, la distinzione tra imprenditore commerciale e agricolo ha finito per perdere parte delle sue ragioni fondanti; essa permane tuttora, e tuttora con un impatto notevolissimo sul rispettivo trattamento giuridico; ma una tendenza a spostare i confini delle categorie si avverte anche qui, con l'estensione, ad es., dei principi che presidiano l'informazione al mercato anche all'imprenditore agricolo: il quale è oggi tenuto ad iscriversi come quello commerciale nel registro delle imprese, e con identici effetti¹⁹. Anche l'ordinamento delle crisi d'impresa ha ampliato il proprio spettro d'azione, assoggettando alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza tutti coloro che esercitano un'attività produttiva (pur conservando procedure diversificate a seconda della natura e dimensione dell'attività).

Questa retrospettiva mostra come il diritto commerciale non costituisca un sistema rigido. Tullio Ascarelli lo definiva una **categoria storica, non ontologica**²⁰. Esso si forma ed ha ragion d'essere, in un dato ordinamento e in un dato momento storico, in quanto e nella misura in cui il mercato manifesti determinate istanze, non adeguatamente recepite dall'ordinamento privatistico generale, e i suoi *players* possano esercitare un'influenza politica sufficiente a farle accogliere attraverso la coniazione di una disciplina speciale. È un diritto che risente dei mutamenti dello spirito sociale (si pensi alla secolare vicenda dell'onerosità dei prestiti pecuniari, nella quale in seno allo *ius mercatorum* maturò un principio poi accolto come canone generale e perciò assorbito nel diritto civile: *supra*, I), che si adatta alle trasformazioni della realtà economica (quanto si è visto a proposito delle professioni intellettuali e dell'impresa agricola ne è la prova), che riceve linfa e impronta, infine, dalle convinzioni e dalle idee che animano il pensiero politico e sociale, e ne segue le sorti.

Per questa ragione, d'altra parte, definirne la struttura si può, ma la definizione conserva un valore relativo, non assoluto.

Quanto ai suoi confini, si è osservato come alle attività produttive siano dedicati anche istituti appartenenti al **diritto pubblico** (tributario, amministrativo, penale), che non sono riconducibili alla nostra materia; ed estranee vi restano anche altre componenti, pur privatistiche, dell'attività, come il **diritto del lavoro**. Questa tracciatura di confini presenta aspetti certamente convenzionali, ma risponde soprattutto a criteri di razionalità sistematica giacché: i) le norme di diritto pubblico – come si è rilevato – hanno finalità diverse dalla protezione del mercato; ii) il diritto del lavoro, pur disci-

¹⁹ Per la verità non si può dire che queste tendenze legislative procedano con grande rispetto della logica e del quadro sistematico di riferimento: nell'equiparare gli effetti dell'iscrizione dell'imprenditore agricolo all'iscrizione di quello commerciale, la riforma del 2001 ha trascurato il fatto che, per quest'ultimo, gli effetti sono diversi a seconda delle dimensioni della sua attività (piccolo imprenditore; imprenditore medio-grande), cosicché oggi, paradossalmente, l'iscrizione del piccolo imprenditore agricolo (il coltivatore diretto del fondo) produce, a differenza del piccolo commerciante, gli stessi effetti dell'iscrizione della grande impresa industriale. Ma il legislatore negli anni recenti sembra costantemente sfidare l'interprete, sensibile non solo per ragioni estetiche alla geometria del sistema, a scrutare nell'arcana logica dei suoi interventi.

²⁰ ASCARELLI, *Corso*, 79 ss.

plinando un rapporto negoziale normalmente inserito proprio nel contesto di un'attività produttiva, persegue obiettivi di solidarietà e di equilibrio sociali, di tutela della persona e della sua libertà.

È certo però che non mancano interazioni tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica dell'attività, entrambe convergendo sovente verso la realizzazione di scopi unitari, ciascuna nella prospettiva propria, con la propria vocazione regolatrice ed i propri strumenti coercitivi. Il fenomeno è oggi evidente specie là dove si è dato vita ad Autorità indipendenti, chiamate a presidiare un certo settore economico e dotate all'uopo di pervasivi poteri di natura amministrativa: la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), la Banca d'Italia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), tra le altre, giocano oggi un ruolo fondamentale nella vigilanza e nella stessa regolazione del mercato, avendo potestà normative settoriali di sempre maggiore pregnanza (*infra*, IV). Diritto pubblico e privato coagiscono per questa via, quando non si vuole lasciare la difesa degli interessi economici alla sola iniziativa individuale (l'attivazione dei rimedi e degli strumenti di tutela di diritto privato è rimessa per definizione alla disponibilità dei singoli) e si ritiene necessario garantire altresì un presidio collettivo, che risponda ad un interesse più generale e che si attivi a prescindere dall'iniziativa privata: uno dei settori nei quali ciò si percepisce più nitidamente è quello della protezione del consumatore, in cui tutela privatistica (affidata a quest'ultimo) e poteri sanzionatori dell'AGCM si combinano per colpire con maggiore efficacia le pratiche commerciali scorrette dei professionisti.

La **parte generale** del diritto commerciale è composta dalle disposizioni applicabili indipendentemente dal tipo di attività svolta. Una suddivisione classica ripartisce e riconduce i diversi istituti al *diritto dell'impresa* (e delle attività produttive in genere), cui appartengono anche il *diritto industriale* (disciplina della concorrenza e delle private industriali) e il *diritto della crisi d'impresa*, e al *diritto delle società*.

La materia si articola peraltro anche in un complesso sempre più consistente di **discipline di settore**, dedicate a specifiche attività, le cui peculiarità e la cui rilevanza nel tessuto economico e sociale esigono un intervento regolatore diretto; è qui, tra l'altro, che la pregnanza dell'interesse collettivo conduce spesso a quella contaminazione fra strumenti di diritto privato e presidi pubblicistici, di cui si è parlato. La loro proliferazione è inarrestabile e moltissimi ambiti ne sono coinvolti. Un'elencazione di queste discipline, assolutamente eterogenee nelle dimensioni e nel contenuto, sarebbe del tutto inutile; ma almeno quelle dedicate all'**attività assicurativa** (con il Codice delle assicurazioni private: d.lgs. 209/2005) e **bancaria** (con il Testo unico bancario) e ai **mercati finanziari** (con il Testo unico della finanza) vanno menzionate: discipline storicamente importanti e ormai mature, che creano un vero e proprio *statuto speciale dell'attività finanziaria* a cui sono rivolte. Tali segmenti normativi hanno assunto un ruolo centrale per l'intreccio ormai profondo tra l'economia finanziaria e quella reale, che caratterizza i sistemi economici moderni e dunque per la loro trasversalità rispetto ad ogni altro settore produttivo. Per tale motivo ad essi viene dedicato un apposito Volume dell'Opera.

Non è solo nella specializzazione e nella progressiva apertura verso fenomeni sociali ad esso originariamente estranei che si misura la modernità del diritto commerciale e che se ne colgono le **tendenze evolutive**, ma anche nello spostamento dei bari-

centri interni al suo sistema, nel mutare, insomma, del peso specifico che le sue diverse componenti assumono nei diversi contesti storici e sociali entro cui esso opera.

Il diritto dell'impresa e la disciplina societaria rappresentano l'anima originaria di questa materia e non si può certo dire che il loro ruolo, come presidio della vita economica della nazione, sia in quest'epoca storica ridimensionato. Ma la parabola del progresso non si arresta e molto va cambiando negli scenari dell'antica industria e dell'ancor più antico commercio: la finanza, lo si è detto, acquisisce peso e funzioni sempre più importanti e penetra nelle realtà produttive e nella stessa vita sociale rivoluzionando gli equilibri e le regole del gioco; i beni "immateriali" – dai fattori della produzione come marchi, brevetti, *domain names*, ai prodotti finanziari – crescono esponenzialmente di valore, fino a muovere essi soli, nel bene e nel male, le più grandi realtà industriali, estesi interessi collettivi. È l'era della *società postindustriale*²¹. E non meno delle branche tradizionali, il diritto dei sistemi finanziari e il diritto industriale animano le aule dei Tribunali, orientano la vita sociale e sono alla base di scelte politiche decisive per le sorti dell'economia del paese.

Non per questo i settori più classici del diritto commerciale possono adagiarsi sulle vestigia dell'opera secolare che li ha modulati. La materia nel suo complesso è una materia in **continuo sviluppo**, in un moto di maturazione ed affinamento che al giorno d'oggi ha assunto un carattere quasi quotidiano, tanto rapidi sono i mutamenti della tecnologia e degli scenari economico-finanziari. Il diritto commerciale, in ogni sua manifestazione, è presidio e motore della vita sociale: presidio, perché un mercato senza regole, o un mercato che sappia autoregolarsi e selezionare in piena autonomia le iniziative economiche meritevoli ed instaurare dinamiche responsabili sul piano etico-politico, è un'utopia che la storia in più occasioni ha smascherato; motore, perché esso ha il compito di non soffocare l'economia e di promuoverne, con regole efficienti, la crescita spontanea per il benessere comune.

L'importanza di un adeguato quadro normativo (per attrarre capitali, per incentivare gli investimenti, per assicurare una tutela concreta dei diritti, per dare certezza alle situazioni giuridiche) è, da questo punto di vista, fondamentale. Perciò il diritto commerciale deve costantemente aggiornarsi, e prova inoppugnabile ne sono, per limitarsi all'attuale millennio, l'ampia riforma italiana volta a modernizzare il diritto societario (del 2003), e, al di qua e al di là dell'Atlantico, gli interventi riformatori scaturiti dalle violente crisi che hanno colpito i mercati finanziari mondiali in epoca recente.

III. *Il problema dell'autonomia del diritto commerciale dal diritto civile*

Il diritto commerciale nasce come **corpus normativo autonomo dal diritto civile**, retto da principi e formato da norme contrapposti ai principi e alle norme di quest'ultimo (*supra*, I). Per secoli la sua autonomia ha avuto un'evidenza anche topografica: una era la legislazione civile, altra quella commerciale (anche nelle fonti, inizialmente consuetudinarie per lo *ius mercatorum*), una la giurisdizione civile, altra quella commerciale. Anche l'avvento della stagione che ha condotto alle grandi codificazioni europee non mutò lo scenario: l'Italia uni-

²¹ GALGANO, *Lex*, 239 ss.

ta, come si è osservato, si dotò nell'Ottocento di un Codice civile e di un distinto Codice di commercio, ispirandosi al modello francese ed allineandosi a una tendenza che anche l'altro grande ordinamento di *civil law*, quello tedesco, assecondò.

Il Novecento condusse tuttavia ad un bivio e le sorti dei tre grandi sistemi giuridici dell'Europa continentale si divisero: Francia (dove restano ancora in vigore i due codici napoleonici) e Germania conservarono il dualismo, l'Italia nel 1942 scelse la strada dell'**unificazione dei codici**. Se gli storici del diritto insegnano che su questa scelta molto influì, come si è detto, l'ideologia del regime, è certo però che essa non emerse dal nulla, ma rappresentò l'esito di un animato confronto che aveva agitato il pensiero giuridico e politico nei decenni precedenti (*supra*, I): poteva ancora giustificarsi un diritto autonomo per l'industria e il commercio, un diritto secolare percepito come di classe, nel mutato scenario economico del primo Novecento?

La scomparsa del Codice di commercio e l'assorbimento della sua disciplina nel nuovo codice unitario non hanno sopito la polemica, ma ne hanno mutato i termini. *Il diritto commerciale resta, oggi, un sistema giuridico autonomo e distinguibile dal diritto civile, o i suoi istituti e le sue norme debbono ritenersi ormai assorbiti in un sistema privatistico unitario e indifferenziato?*

L'aver definito come appartenenti al diritto commerciale alcune materie (*supra*, II), caratterizzate dal costituire la disciplina delle attività produttive, di per sé non significa nulla: la nozione di "diritto commerciale" potrebbe rivestire carattere meramente descrittivo e la raccolta attorno ad essa di quelle materie potrebbe rappresentare una mera catalogazione di comodo, una classificazione utile solo per ordinare gli studi e le competenze scientifiche secondo una logica di coerenza per argomenti, ma nulla più. In altre parole, la circostanza che una o più disposizioni siano destinate ad operare solo al verificarsi di un determinato presupposto (l'esercizio di un'impresa) non ne fa di per sé un sistema giuridicamente autonomo.

D'altra parte, e per contro, l'appartenere le disposizioni regolatrici delle materie classificate come commercialistiche ad un testo normativo che ospita anche materie diverse (dalla famiglia alle successioni, alle obbligazioni in genere) non comporta necessariamente la fusione delle une e delle altre in un sistema giuridicamente unitario. La collocazione topografica delle norme è, in altre parole, di per sé irrilevante e tanto più lo è oggi, avendo ormai perduto il codice civile la centralità che aveva un tempo, affiancato da una costellazione infinita e proliferante di leggi speciali (che spesso prendono esse stesse il nome di "codice", per il fatto di trattare esaustivamente un determinato settore: il Codice della proprietà industriale, il Codice delle assicurazioni, il Codice del consumo, ecc.) e di disposizioni di rango secondario tutt'altro che marginali.

È su altre basi, dunque, che si deve valutare se persista o meno ancora un'indipendenza del diritto commerciale dal diritto civile²².

Di una determinata branca dell'ordinamento sembra predicabile l'autonomia se essa risulta innanzitutto composta da un sufficiente numero di disposizioni, tale da rappresentare

²² L'unificazione dei codici, come si è detto, non ha affatto spento il dibattito ed anzi nella moderna dottrina commercialistica forte è ancora la voce, certo partigiana ma non ingiustificata (come si vedrà), dell'autonomia, che si levò contro la cancellazione del codice di commercio, negli anni Quaranta del secolo scorso, e che attraverso i decenni traendo alimento e vigore dal dilagante ruolo delle nostre discipline nella vita sociale, dalla loro capacità di rinnovamento e dalla loro manifesta sensibilità ai bisogni mutevoli della scena economica: v. BUONOCORE, *Presentazione*, 22 ss.; CAMPOBASSO; BUTTARO, *L'autonomia*, 421 ss.; VALERI, *Autonomia*, 21 ss.; tra i civilisti G. CIAN, *Diritto civile*, 523 ss. Non meno autorevole è tuttavia la posizione contraria: OPPO, *Principi*, 36 s.; FERRI, voce *Diritto commerciale*, 924 ss.; ASCARELLI, *Corso*, 127; Per una posizione più dialettica v. ANGELICI, *La lex mercatoria*, 371 ss.; cfr. anche, attentamente, PORTALE, *Diritto privato*, 227 ss.; ID., *Il diritto commerciale*, 1 ss., e *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, *Jus*, 1981, 148 ss., nonché DELLE MONACHE, "Comercializzazione" del diritto civile (e viceversa), *RDCiv*, 2012, I, 489 ss.