

MARCO CIAN *

IL DIRITTO COMMERCIALE, AUTONOMIA DI UNA DISCIPLINA

Sommario: 1. Le origini di un nome. – 2. I valori di una disciplina. – 3. L'autonomia del diritto commerciale. – 4. Autonomia e permeazione tra sistemi: la “commercializzazione” del diritto privato. – 5. Il dinamismo del diritto commerciale.

1. *Le origini di un nome.*

La disciplina cui Benvenuto Stracca dedica la sua opera principe è il diritto della *mercatura*. Il *mercator* (“qui negotiationis seu negotiationum exercendarum, quaestusque liciti faciendi causa, frequenter merces permutat, seu emit, ut easdem non minutatim, nec mutata per se forma distrahat”) è dedito all’acquisto e alla rivendita e allo scambio di merci a fini di lucro.

La locuzione “diritto commerciale” (*ius mercatorum*) nasce da qui: dalla centralità che l’attività dei mercanti progressivamente acquisì nel contesto economico del tardo medioevo e poi rinascimentale e dal ruolo propulsivo che essa ricoprì nella formazione di una disciplina giuridica regolatrice dei loro rapporti e nell’emersione di nuovi princi-

* Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Padova.

pi e di nuovi istituti funzionali a meglio soddisfare gli interessi speculativi e imprenditoriali di cui essi erano portatori.

I primi germi furono posti a partire dall'età comunale¹. Fu quella l'epoca in cui l'Europa si riscosse dalla stagnazione culturale e produttiva che aveva contrassegnato i secoli precedenti e in cui sperimentò forme nuove nell'architettura sociale, nelle dinamiche economiche, nelle espressioni artistiche e letterarie. Il crescente sviluppo dei commerci condusse all'emersione di un ceto sociale che fu promotore di istanze inedite sul piano politico ed economico, determinò l'elaborazione e la diffusione di relazioni d'affari originali e l'affermazione di esigenze che i modelli giuridici e il diritto dell'età anteriore non erano capaci di soddisfare. In questo scenario si preparava il terreno per la creazione, lo sviluppo e l'applicazione di un diritto nuovo, aderente a queste nuove esigenze. Si trattò, dunque, essenzialmente di un *diritto delle attività economiche*, moderno, efficiente, di classe (inizialmente in effetti un diritto riservato a coloro che appartenevano alle corporazioni mercantili), con una vocazione europea.

È intuitivo che in realtà sin dal passato più remoto la produzione e gli scambi di beni erano un aspetto della vita sociale soggetto a regole. La documentazione giuridica giun-

¹ Per alcuni riferimenti storici v. L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891 (trad. it.: *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913); T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, III ed., Milano, 1962; G. COTTINO, *Introduzione*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto dallo stesso, vol. I, Padova, 2001; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, V ed., Bologna, 2010; H. POHLMANN, *Die Quellen des Handelsrechts*, in H. COING (a cura di), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. I, *Mittelalter (1100-1500)*, München, 1973, 801 ss.; O. SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, ivi, Bd. II/1, *Neuere Zeit (1500-1800)*, München, 1977, 797 ss.

ta sino a noi copiosa dalle civiltà che popolarono il Vicino Oriente a partire dal terzo millennio a.C. ne offre d'altra parte una ragguardevole testimonianza. Al Codice di Hammurapi risalgono previsioni relative alla ripartizione dei profitti e delle perdite tra i compartecipi di un'operazione commerciale (anzi, ad un documento ancora anteriore, forse una sorta di manuale tecnico e formulare in uso in epoca sumerica); ad esso, come ad altri testi provenienti dal mondo babilonese e poi da quello ittita, appartengono indicazioni sui prezzi di beni e servizi, sul costo del lavoro e sui tassi di interesse per i prestiti di denaro; pure nelle sezioni normative del Pentateuco biblico si trovano disposizioni attinenti all'economia²; per tacere della civiltà greca (popolata da banchieri, mercanti che andavano per mare, ricchi finanziatori, tutti legati fra loro da rapporti giuridici di cui numerosi aspetti ancora oggi sono fortunatamente noti)³ e poi, naturalmente, di quella romana⁴.

Quel che, tuttavia, in queste culture mancava era una disciplina vera e propria, complessa e speciale, dedicata alle attività economiche⁵. Le relative regole, cioè, si confondevano nell'insieme delle consuetudini e dei precetti concer-

² Sulle civiltà vicino-orientali v., a proposito degli argomenti qui accennati, M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio*, Bologna, 2016.

³ U.E. PAOLI, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 36 ss.; M. CIAN, *Le antiche leggi*, cit., 191 ss.

⁴ Cfr. in particolare P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, III ed., Torino, 2010; A. 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.

⁵ Cfr. T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 3.

nenti in generale la vita sociale e i rapporti tra gli individui, senza alcuna specificità. Non mancarono, a onor del vero, esempi di matrice opposta, in cui emerse la sensibilità agli interessi particolari connessi all'esercizio delle attività commerciali e si elaborarono disposizioni alternative a quelle genericamente destinate a regolare i rapporti sociali non imprenditoriali: un sovrano babilonese di poco posteriore al più celebre Hammurapi, che portava il nome di Ammi-saduqa, nel liberare i propri sudditi dal giogo dei debiti che rischiavano di condurli alla schiavitù (un genere di pietosi provvedimenti che i sovrani frequentemente erano costretti ad adottare, al fine di ridar fiato a una popolazione sempre sull'orlo dell'indigenza), escluse dall'effetto liberatorio i debiti assunti non per bisogno, ma per finanziare un'intrapresa commerciale⁶. Ma si trattò di casi isolati, insufficienti per poter parlare, all'epoca, di una *disciplina* delle attività economiche.

Quel che dunque introdusse a questo proposito l'età comunale e che maturò ulteriormente nei secoli successivi fu un più pervasivo modo di pensare a queste attività come bisognose di principi giuridici e di istituti originali e affrancati dai modelli del diritto comune allora vigente; progressivamente ciò condusse all'elaborazione di un corpo di regole sempre più articolato ed autonomo, al punto da divenire un sistema complesso: il diritto dei mercanti.

La nomenclatura moderna riflette precisamente quella delle origini, non soltanto nella lingua italiana (diritto commerciale, *derecho mercantil*, *droit commercial*, *Handelsrecht*,

⁶ F.R. KRAUS, *Ein Edikt des Königs Ammi-saduqa von Babylon*, Leiden, 1958; J. BOTTÉRO, *Désordre économique et annulation des dettes en Mésopotamie à l'époque paléo-babylonienne*, in *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 1961, 113 ss.; M. CIAN, *Le antiche leggi*, cit., 73 ss.

commercial law). Essa rivela, come si è detto, il radicamento della nuova disciplina nella prassi emergente nelle attività di commercio dei beni e lo spazio che il ceto mercantile seppe conquistarsi nella società del tempo; un rilievo decisamente minore rivestivano all'epoca le attività di produzione e quelle di servizi, affidate a botteghe di piccoli artigiani e ancora assai poco sviluppate⁷.

Non erano essenzialmente mutati il contesto socioeconomico e il tessuto giuridico, pur fioriti nel corso del tempo, quando Benvenuto Stracca intraprese la sua opera, ed è perciò che il suo trattato è dedicato ancora alla *mercatura*. La disciplina scientifica che egli fondò, ordinandone e sistematizzandone per primo il materiale giuridico, si guadagnò in realtà nei secoli successivi uno spazio ben più ampio, poiché lo sviluppo della tecnica (specie con la rivoluzione industriale e più recentemente con quella digitale) e poi delle dinamiche economiche (con l'apertura delle rotte commerciali transoceaniche nel passato e, in tempi a noi più prossimi, con la pervasiva penetrazione delle attività finanziarie nella realtà sociale e produttiva) attrasse al diritto delle attività economiche uno spettro assai maggiore di istituti e di corpi disciplinari. Il diritto commerciale moderno non è, in effetti, il diritto degli scambi commerciali, ma un sistema molto più composito di regole che va dal diritto dell'impresa (di produzione, di scambio, di servizi) e della sua organizzazione (le società, principalmente) a quello della concorrenza e della proprietà industriale, dal diritto del sistema finanziario e delle relative istituzioni a quello dei mercati.

⁷ U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, III ed., Torino, 1998, 35 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 31 ss.; V. PIERGIOVANNI, voce *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto, Disc. priv.*, Sez. comm., IV, 1989, 335 ss.

La disciplina della quale il giurista anconetano è considerato il patriarca si identifica dunque oggi con la scienza che ha ad oggetto il diritto delle attività produttive e finanziarie, o dell'impresa e dei mercati: icasticamente, con il *diritto degli affari*. Un unico filo annoda tuttavia i tempi delle origini all'epoca moderna: esso è rappresentato dal carattere identitario di questo segmento del sistema normativo (in particolare, rispetto al diritto dei rapporti privati non economici) e dalla sua vocazione a servire gli interessi specifici del mercato e delle iniziative economiche (declinati oggi nel contesto di un armonioso sviluppo sociale e ambientale)⁸.

2. *I valori di una disciplina.*

Di “diritto commerciale” ha senso parlare, all'interno di un ordinamento giuridico, solo quando si delinei un corpo di principi e di istituti dedicati alla regolazione delle attività economiche, specialmente nella loro dimensione privatistica, e caratterizzati da una più o meno spiccata autonomia rispetto alle discipline regolatrici dei rapporti di diritto privato “comuni”. Le ragioni che fondano la progressiva formazione di un sistema normativo speciale riferito a tali attività si radicano, come si è osservato, nel rapido emergere di interessi propri di esse, che richiamano l'elaborazione e l'applicazione di regole innovative non coincidenti con quelle dell'ordinamento generale; nella percezione, cioè, della singolarità dei bisogni economici rispetto a quelli accuditi dalle disposizioni di diritto comune e conseguentemente

⁸ Sulle ragioni della perdurante resistenza del nome “diritto commerciale” v. U. SANTARELLI, *Mercanti*, cit., 29 ss.

nella presa di coscienza dell'opportunità di provvedere ad essi attraverso un apparato disciplinare almeno parzialmente autonomo.

Esemplare è il tema dell'onerosità dei prestiti di danaro⁹. Il principio di gratuità, di derivazione biblica¹⁰, si giustifica quale strumento di protezione del debitore, quando il prestito sia accordato a una persona che versi in una situazione di bisogno; quando la relazione, dunque, si instauri secondo schemi sociali che inducono chi possiede ricchezza in esubero a destinarla al sostegno di un individuo che ne necessita. I presupposti socio-economici di un prestito viceversa concesso in funzione imprenditoriale, per consentire cioè al debitore di impiegarne le risorse nel perseguimento di obiettivi speculativi, sono evidentemente diversi. La gratuità, in questo caso, non solo non si giustificerebbe né realizzerebbe un'adeguata composizione degli interessi reciproci, ma sottrarrebbe risorse al mercato, agendo quale disincentivo alla stessa concessione del prestito, in quanto priverrebbe il potenziale finanziatore dell'aspettati-

⁹ Per alcuni spunti v. G. COTTINO, *Introduzione*, cit., 83 ss.; U. SANTARELLI, *Mercanti*, cit., 153 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale*, cit., 113 ss.; T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 18 ss.

¹⁰ In particolare sulle prescrizioni contenute nei libri del Pentateuco v., per un quadro introduttivo, M. CIAN, *Le antiche leggi*, cit., 167 ss. Per approfondimenti sulla portata e il contesto in cui tali prescrizioni maturarono v. H. GAMORAN, *The Biblical Law against Loans at Interest*, in *Journal of Near Eastern Studies*, 1971, n. 2, 127 ss.; B.J. MEISLIN - M.L. COHEN, *Backgrounds of the Biblical Law against Usury*, in *Comparative Studies in Society and History*, 1964, 259 ss.; E. NEUFELD, *The Prohibitions against Loans at Interest in Ancient Hebrew Laws*, in *Hebrew Union College Annual*, XXVI, 1955, 365 ss. In generale, sul complesso delle previsioni veterotestamentarie concernenti la protezione delle persone bisognose e il ristabilimento degli equilibri sociali, v. R. KESSLER, *Das Wirtschaftsrecht der Tora*, in *Studien zur Sozialgeschichte Israels*, Stuttgart, 2009, 11 ss.

va di un rendimento idoneo a compensare l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore. Di qui gli sforzi tendenti a cercare soluzioni negoziali capaci di superare quel principio nelle operazioni mercantili.

Il diritto commerciale si evolve dunque arricchendosi di sempre nuovi istituti e porzioni disciplinari, che integrano il diritto comune dei rapporti non economici o che ne deviano, servendo i bisogni ieri dei mercanti e oggi delle imprese industriali e di servizi e dei mercati finanziari. Come si è detto, l'irriducibilità dei fenomeni economici alla realtà delle dinamiche sociali ordinarie non era sconosciuta alla riflessione giuridica delle culture più antiche. Oltre al decreto di Ammi-saduqa, merita di essere ricordata la raffinata disciplina¹¹ veterotestamentaria dell'anno giubilare, che trattava differentemente la circolazione degli immobili ad uso "civile" e quella del bene produttivo per eccellenza, la terra, prescrivendo con cadenza cinquantennale la retrocessione di quest'ultima al suo proprietario originario, così da assicurare una periodica riallocazione redistributiva del principale fattore della produzione¹². A partire dall'età comunale e nei secoli a venire l'elaborazione di soluzioni tecnico-giuridiche "speciali" si diffonde fino a farsi torrentizia. La promozione delle attività produttive, la tutela del credito, l'efficienza della gestione imprenditoriale, il dinamismo del

¹¹ Sul valore originario delle relative prescrizioni v. gli aa. citati nella nota successiva.

¹² Vedila esposta in M. CIAN, *Le antiche leggi*, cit., 144 ss.; sull'istituto dell'anno giubilare, in generale, R. WESTBROOK, *Property and the Family in Biblical Law*, JSOT Suppl. 113, Sheffield, 1991, 36 ss.; Y. AMIT, *The Jubilee Law. An Attempt at Instituting Social Justice*, in H.G. REVENTLOW - Y. HOFFMAN (eds), *Justice and Righteousness. Biblical Themes and Their Influence*, JSOT Suppl. 137, Sheffield, 1992, 47 ss.; R. NORTH, *Sociology of the Biblical Jubilee*, Roma, 1954; A. RUWE, «*Heiligkeitsgesetz*» und «*Priesterschrift*», Tübingen, 1999, 338 ss.

mercato, la funzionale allocazione delle risorse finanziarie sono tra gli obiettivi di questo secolare e progressivo movimento degli ordinamenti giuridici verso la costruzione di un sistema del diritto commerciale; cui si sono aggiunte, più di recente, la correzione degli squilibri negoziali endemici nelle moderne relazioni d'impresa (di qui il fiorire delle discipline a tutela dei consumatori e degli investitori non professionali, ad esempio) e la difesa dei valori ambientali, sociali e culturali implicati nell'esercizio dell'impresa, che si traduce nella coniugazione tra sostenibilità e sviluppo economico. Attorno a queste idee fondamentali maturano, in un ampio arco temporale, le discipline delle moderne società per azioni, il diritto della concorrenza e delle private industriali, la materia della regolazione delle crisi d'impresa, gli istituti dei titoli di credito (prima cartacei e ora digitali) per la circolazione della ricchezza finanziaria, le discipline delle borse valori (oggi un assai articolato complesso di istituti e norme a presidio dei mercati finanziari), soluzioni contrattuali innovative, nuove regole per nuovi prodotti e per nuove tecniche.

È stato osservato correttamente che il diritto commerciale costituisce in questa prospettiva una categoria storica e non ontologica¹³. Questa affermazione è vera in un duplice senso. Del primo si è detto: un diritto "commerciale" è enucleabile in un ordinamento dato, solo quando all'interno di questo siano strutturalmente diversificati il trattamento delle attività e dei rapporti economici e quello dei rapporti non economici, mentre esso non è identificabile là dove la legge e la prassi perseguano in modo indifferenziato gli interessi che si manifestano nell'uno e nell'altro contesto sociale. Nel secondo senso, la storicità è apparentata al

¹³ T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 79 ss.

dinamismo che il diritto commerciale presenta in grado probabilmente maggiore rispetto a molti altri segmenti dell'ordinamento giuridico. La dimensione economica della realtà sociale è caratterizzata infatti da frequenti rinnovamenti negli aspetti relazionali, in quelli organizzativi, nelle tecniche di produzione e nell'offerta di mercato. Sperimentazione, innovazione e sviluppo hanno segnato in questo ambito il corso dei secoli a partire dall'età comunale e continuano ad imprimere le proprie traiettorie, forse con intensità ancora maggiore, ai giorni nostri. Poiché dunque le trasformazioni delle vicende economiche e la rimodulazione degli interessi implicati rappresentano una costante della realtà sociale, il diritto commerciale risulta connotato da una forte dinamicità e da una peculiare vocazione alla propria continua rielaborazione in funzione dei mutamenti che intervengono nel suo campo di applicazione (per assecondarli, ma anche per promuoverli, accelerarli o indirizzarli).

Entrambi i profili richiedono qualche precisazione, non prima, tuttavia, di avere sottolineato che l'identificazione di un "diritto commerciale" all'interno di un ordinamento giuridico può assolvere a funzioni diverse per natura e soprattutto per valore scientifico. Fino a che l'individuazione del materiale normativo dedicato alle attività economiche procede solo per materia, ossia censendo gli istituti e le disposizioni chiamate a regolarne l'esercizio, si fa opera di pura ricognizione: utile forse sul piano pratico, per la predisposizione di un prontuario elementare ad uso degli operatori, ma sterile dal punto di vista scientifico. La costruzione, se possibile, di una disciplina scientifica richiede invece di andare al di là del puro riferimento materiale, alla ricerca di un'architettura di principi e funzioni capace di sviluppare il sistema oltre il dato testuale, cioè idonea a fornire criteri ermeneutici validi per orientare l'attività giuridi-