

Mario Libertini

# PASSATO E PRESENTE DEL DIRITTO COMMERCIALE



G. Giappichelli Editore

## INTRODUZIONE

*Questo volume raccoglie trentuno scritti, idealmente collegati fra loro dal riferimento – esplicito o implicito – alla storia e alle prospettive attuali della dottrina del diritto commerciale in Italia. Gli scritti sono stati pubblicati (o sono in corso di pubblicazione), in un arco di tempo che va dal 2005 ad oggi, su riviste o, talora, in raccolte di “scritti in onore” o in atti di convegno, difficilmente reperibili.*

*Fa eccezione lo scritto su “I concetti giuridici nel pensiero di Tullio Ascarelli”, che risale al 1971 e comprende una parte del primo capitolo di una monografia rimasta in edizione fuori commercio; il testo è stato riveduto, corretto e adattato nella forma, ma i contenuti sono rimasti quelli originari.*

*Sono, poi, inediti lo scritto su “I contratti associativi” di Paolo Ferro Luzzi e un post scriptum all’articolo di commento a Francesco Denozza in materia di contratto, impresa e società.*

*In una raccolta come questa sono inevitabili le ripetizioni. Ciò impone doverose scuse. Per contro, mi sembra di poter dire che non dovrebbero esserci contraddizioni tra opinioni fra loro incompatibili, come pure può accadere in raccolte di scritti nati in momenti diversi.*

*Il filo che collega gli scritti qui raccolti è la convinzione relativa alla singolarità della storia del diritto commerciale e della dottrina giuscommerciale. Ha scritto di recente Sabino Cassese (ne *Il Sole 24 Ore* – Domenica del 15 gennaio 2023) che “i giuristi sono stati sempre attenti alla ricostruzione della storia delle proprie discipline”. Ciò è vero. Questa attenzione, però, si esprime normalmente con due modalità diverse fra loro: alcune discipline (come il diritto civile o la filosofia del diritto o, in parte, il diritto penale) traggono vanto dal risultare eredi di una tradizione dottrinale che affonda le proprie radici in secoli lontani (pur presentandosi, poi, come capaci di attuare grandi rinnovamenti, senza per questo rinunciare alla profondità delle proprie radici); altre discipline (come, per esempio, il diritto amministrativo o il diritto del lavoro) tendono invece a sottolineare la propria modernità e in particolare la capacità di costruire principi e concetti nuovi rispetto alla tradizione del diritto romano-comune, necessari per la comprensione e la disciplina di fenomeni fondamentali del diritto moderno e contemporaneo.*

*Rispetto alle altre discipline, l'esperienza della dottrina del diritto commerciale è stata peculiare, perché, in qualche modo, presenta ambedue le caratteristiche sopra delineate.*

*Per secoli, il diritto commerciale è vissuto (e prosperato), e si è evoluto, come complesso di norme delle corporazioni dei mercanti, applicate da corti interne alle corporazioni stesse. Questo complesso di norme non costituiva oggetto (o, potrebbe dirsi, non era ritenuto degno oggetto) di insegnamento accademico. Si trattava, come tante volte è avvenuto nella storia del diritto, di una pratica giuridica non accompagnata dalla formazione di una dottrina accademica ad essa dedicata. Solo nell'Ottocento, con il consolidarsi dell'acquisizione del diritto commerciale all'ordinamento statale e con la crescita del peso sociale dell'economia di mercato capitalistica, gli Stati – che, nel frattempo, avevano acquisito anche il controllo delle università – promossero il diritto commerciale a materia obbligatoria nei curricula accademici. Il fenomeno, avviato in Francia, vide poi come nazione guida la Germania, che aveva avuto una esperienza peculiare, con la formazione di grandi esperienze a vocazione nazionale precedenti l'unificazione politica (ciò vale sia per la formazione di una rete di università, sia per l'adozione di un codice di commercio unificato a livello confederale). L'unificazione del sistema universitario nazionale, in Italia come in altri Stati europei, facilitò la diffusione del modello.*

*Si formò così una prima generazione di cultori della disciplina che, dotati di una formazione culturale tradizionale, si accostavano alla materia giuridico-commercialistica cogliendone le profonde radici storiche ma anche la grande portata innovativa rispetto alla tradizione romanistica e, insieme, l'attitudine ad evolversi rapidamente e ad espandere il proprio ambito di applicazione, insieme con l'espandersi degli spazi occupati, nella società, dall'economia di mercato.*

*Da qui nasce, da un lato, una peculiare attenzione dei cultori del diritto commerciale verso la storia della loro disciplina nei secoli passati, quando essa non era ancora oggetto di studi giuridici dogmatici. Un'attenzione nascente sia da comprensibile curiosità intellettuale, sia dalla, altrettanto comprensibile, intenzione di nobilitare le radici della disciplina medesima. Questa attenzione è rimasta anche dopo la fase fondativa della disciplina, e ciò spiega come, al di là dei grandi esempi ottocenteschi, anche alcuni fra i maggiori cultori italiani della disciplina del secolo XX (come Ascarelli, Cottino, Galgano) abbiano sentito il bisogno di avviare le loro trattazioni generali della materia con pregevoli introduzioni storiche sugli istituti del diritto commerciale, di dimensione ben più ampia di quella che si registra nelle trattazioni sistematiche di altre discipline giuridiche.*

*Contemporaneamente, oltre alla sensibilità storica (e comparatistica), nei*

*cultori della disciplina, già nel corso del XIX secolo, matura l'idea del diritto commerciale come disciplina dotata di una forte autonomia, con un proprio sistema di fonti – in grado di derogare a principi e norme imperative del diritto civile – e un proprio metodo, che pone al centro della costruzione giuridica l'analisi tecnica ed economica dei fenomeni studiati e l'informazione comparatistica.*

*Questa percezione dell'autonomia della disciplina si traduceva poi nell'idea diffusa che dipingeva il diritto commerciale come “pioniere” delle novità giuridiche in campo privatistico, protagonista di una modernizzazione destinata a pervadere l'intero corpo di norme e di dottrine ricevuto dalla tradizione.*

*Su questa idea si innesta un ambizioso programma culturale, condiviso da alcune grandi personalità del secolo XX, volto ad estendere al campo dottrinale quella “commercializzazione del diritto privato”, che sembrava progressivamente affermarsi sul piano normativo e su quella della pratica giuridica. Da qui la convinzione che il metodo giuscommercialistico, caratterizzato dall'esigenza di approfondita considerazione dei fenomeni economici sottostanti alle discipline giuridiche, potesse condurre a sviluppi sistematici, sul piano del diritto privato generale, coerenti con le caratteristiche e le esigenze di un'economia di mercato sviluppata e con le differenze di funzioni e di poteri che questa determina al proprio interno; un programma, dunque, atto ad emancipare la dogmatica privatistica dai condizionamenti dell'individualismo proprietario di stampo romanistico.*

*Contemporaneamente, tra i cultori più sensibili della disciplina, si avvertiva che la trasformazione del mondo contemporaneo era dovuta non tanto al ruolo – pur importante – dell'attività mercantile in senso proprio quanto alla produzione industriale di massa, la quale dava luogo a fenomeni giuridici completamente nuovi (dalla diffusione delle società anonime alla proprietà intellettuale, ai contratti di massa ecc.). Questa percezione portò, nel periodo a cavallo tra XIX e XX secolo, a proposte di creazione di discipline giuridiche nuove (diritto industriale, diritto dell'economia), a latere del diritto commerciale ormai legittimato a livello accademico. A queste proposte la dottrina giuscommercialistica prevalente reagì con l'idea di ampliare i propri confini, assorbendo le proposte di ampliamento del contenuto dei propri studi. Il diritto commerciale veniva così a configurarsi come una disciplina generalista, atta a studiare tutti i fenomeni giuridici dell'economia di mercato (“diritto del capitalismo”, piuttosto che diritto delle attività mercantili).*

*Questo programma culturale, pur presente nelle ambizioni di alcuni grandi cultori della disciplina, non si è mai realizzato a pieno. Tuttavia, l'idea dell'espansione della materia giuscommercialistica, come conseguenza dell'industrializzazione, ha dato ispirazione ad una ristrutturazione interna della di-*

*sciplina del diritto commerciale: è maturata, infatti, la convinzione che questa non potesse più incentrarsi sulla figura dell'atto di commercio e che alla anacronistica centralità dell'atto di scambio professionale dovesse sostituirsi, come figura centrale del diritto commerciale, l'impresa, come struttura stabile di produzione di beni o servizi destinati al mercato. Concepire il diritto commerciale come diritto dell'impresa, o delle attività produttive in genere, è stato, storicamente, un modo per riaffermare la vocazione espansiva e generalista della disciplina.*

*Questa più moderna visione del diritto commerciale – che, da diritto del commercio, diveniva diritto dell'impresa – non è stata un fenomeno soltanto italiano. In Italia, però, il codice civile del 1942, frutto di una unificazione non auspicata, a quel tempo, dalla dottrina giuscommercialistica, forniva una spinta a questa vocazione generalista della dottrina del diritto commerciale, sia con le diverse scelte normative di “commercializzazione” delle norme del IV libro del codice, sia con la collocazione della disciplina dell'impresa al centro del libro V.*

*Nel corso del secolo passato, la dottrina giuscommercialistica formatasi dopo l'unificazione dei codici ha oscillato fra due ispirazioni: da un lato, quella di coltivare, con uno standard qualitativo elevato, pari all'importanza economica dei fenomeni trattati, alcuni argomenti specialistici nell'ambito del sistema generale del diritto privato (lasciando poi al diritto civile il compito della definizione di principi e concetti generali di quel sistema); dall'altro, quella di proporsi come disciplina generalista, in grado di riformulare principi e concetti del diritto privato generale, con metodi più moderni di quelli della tradizione civilistica o anche di presentarsi come disciplina generale di studio dei fenomeni giuridici dell'economia di mercato.*

*Nell'ultimo mezzo secolo, la vocazione specialistica sembra avere preso il sopravvento. Si tratta di un'esperienza conforme a quanto avvenuto in molti altri Paesi, a cominciare dagli Stati Uniti, ove il modello “generalista” non è coltivato, né sul piano della ricerca né su quello didattico.*

*Anche in Italia si notano marcate specializzazioni interne alla disciplina ed anche una scarsa propensione ad impegnarsi su temi generali di diritto privato e nello studio di fenomeni importanti di trasformazione della disciplina delle imprese e dei mercati. È così accaduto che temi come i contratti dei consumatori o i contratti dei mercati regolamentati siano stati trattati soprattutto da cultori di altre discipline (in primo luogo, il diritto civile), benché si tratti di capitoli fondamentali della disciplina giuridica dell'attività delle imprese.*

*Stretto tra un diritto civile che non ha mai abbandonato la sua vocazione generalista, ed assorbe in maniera disordinata ma vivace i più diversi stimoli culturali, e un diritto dell'economia che, sulla base di una conseguita autonomia nella legislazione universitaria, rivendica un monopolio culturale sullo*

*studio dei mercati regolamentati, il diritto commerciale tende così oggi ad essere visto, dall'esterno, come una disciplina giuridica comprendente un insieme di competenze specialistiche: società (di persone e, soprattutto, di capitali), proprietà intellettuale, forse le crisi d'impresa (ma anche questo settore di studi tende ad autonomizzarsi).*

*Le pagine che seguono intendono sostenere che questa trasformazione non è definitiva, e comunque non è auspicabile.*

*Che non sia definitiva è dimostrato da diverse esperienze culturali, interne alla dottrina giuscommercialistica, che vengono più avanti illustrate. Lo dimostrano anche certe reazioni psicologiche. Ogni tanto si pone – anche a seguito di discutibili modifiche normative, adottate o proposte – il tema della collocazione della disciplina nell'organizzazione degli studi giuridici e in quella dell'accesso alle professioni (v., per esempio, il dibattito pubblicato su Giur. comm., 2022, I, 147 ss.). In queste occasioni ritorna spesso il tema – in realtà, non nuovo – di una possibile nuova denominazione della disciplina (per esempio, come “diritto delle imprese e dei mercati”), volta a manifestarne la permanente vocazione generalista; si nota allora, nelle discussioni in materia, una forte corrente emotiva a difesa della denominazione tradizionale, quasi a temere che la modifica di questa possa significare perdita di quella memoria storica che, come sopra si notava, è stata, per generazioni, fortemente (e giustamente) sentita come motivo di orgoglio dai cultori della disciplina.*

*Per quanto mi riguarda, non riesco a partecipare in maniera appassionata alla discussione sulla denominazione della disciplina, anche se comprendo il valore simbolico di una denominazione che porta con sé un segno di nobiltà di nascita. Tuttavia, ciò che mi sembra davvero importante conservare, della tradizione disciplinare, è proprio quella vocazione generalista che si è, in passato, manifestata su due piani diversi. In primo luogo, quello della elaborazione di principi e concetti giuridici di carattere generale, cioè della dogmatica privatistica generale, in un contesto di valorizzazione della diversità di soggetti (imprese, grandi e piccole, consumatori, stakeholder) che si muovono nei diversi scenari dell'economia di mercato. In secondo luogo, sul piano interdisciplinare, nel senso di valorizzare l'intreccio di discipline privatistiche e pubblicistiche, che condiziona oggi il concreto operare di quasi tutti i settori economici, e di confermare il metodo che richiede una previa, approfondita analisi dei fenomeni economici e degli interessi in conflitto, nonché un'attenta informazione comparatistica, come premessa per qualsiasi ricostruzione della disciplina giuridica di tali fenomeni.*

*Credo che, in questa prospettiva, una discussione sul regolamento di confini fra i diversi settori scientifico-disciplinari – tra diritto civile e diritto commerciale, o tra diritto commerciale e diritto dell'economia – possa avere*

*interesse solo ai fini dell'applicazione della legislazione universitaria attualmente vigente. Ciò che conta è che il compito della costruzione di principi e concetti di diritto generale dell'impresa e dei mercati non può essere privilegio (o onere) esclusivo dei cultori di alcuna disciplina. Rispetto a questo compito, la dottrina giuscommercialistica può ancora svolgere un ruolo centrale, coerente con il programma culturale ambizioso proposto dai padri fondatori della disciplina.*

Roma, 15 marzo 2023

## PARTE I

# LA DOTTRINA DEL DIRITTO COMMERCIALE



# DIRITTO CIVILE E DIRITTO COMMERCIALE. IL METODO DEL DIRITTO COMMERCIALE IN ITALIA (II) \*

SOMMARIO: 1. La fondazione della moderna dottrina giuscommercialistica nell'Italia della seconda metà del XIX secolo. La costruzione dell'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale. – 2. Alcuni punti critici della metodologia giuscommercialistica della generazione dei fondatori: il rapporto con il diritto civile. – 3. La sintesi giuspositivistica e statalistica (Alfredo Rocco). – 4. Gli anni Trenta: l'incontro con il diritto corporativo e le altre spinte modernizzatrici. – 5. L'unificazione dei codici e la costruzione di una nuova sintesi "ortodossa". – 6. Gli anni Cinquanta: il contrasto fra Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi. – 7. Dagli anni Sessanta in poi: la tendenziale chiusura specialistica del diritto commerciale. – 8. Dagli anni Settanta in poi: tentativi di ripresa e incertezze sull'autonomia del diritto commerciale. – 8.1. L'idea di autonomia normativa del diritto commerciale come diritto delle imprese e dei mercati. – 8.2. La teorizzazione del diritto dell'impresa come "sistema ad attività", contrapposto al "sistema a soggetto" (Ferro Luzzi). – 8.3. La riscoperta della "lex mercatoria" e di un sistema giuridico caratterizzato da elasticità delle fonti (Galvano). – 9. Conclusioni. La validità del metodo commercialistico e l'unità del diritto.

## 1. *La fondazione della moderna dottrina giuscommercialistica nell'Italia della seconda metà del XIX secolo. La costruzione dell'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale*

Vorrei ripercorrere, per grandi linee, la storia delle riflessioni che la dottrina commercialistica italiana, dall'Unità ad oggi, ha svolto sulla propria identità e sui propri metodi. Una storia tutt'altro che provinciale, che anzi si è sempre nutrita di un fitto dialogo con le contemporanee elaborazioni delle dottrine giuscommercialistiche francese e tedesca, ma che si caratterizza anche per un orgoglioso atteggiamento di autonomia rispetto ad esse.

---

\* Questo scritto, pubblicato in *Orizzonti dir. comm.*, 2015, 14 ss., costituisce una seconda edizione, rivista e integrata in qualche punto, di uno scritto già pubblicato in *Rivista delle società*, 2013, 1 ss. Il testo originario era stato predisposto come relazione al Convegno sul tema "*Il diritto civile e gli altri*", organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani, tenutosi a Roma il 2 dicembre 2011.

Una storia che inizia all'epoca del trionfo della Pandettistica e che avrà sempre, nel confronto con il diritto civile, un passaggio ineludibile delle proprie riflessioni e proposte.

Guardando alla prima stagione di questa storia<sup>1</sup>, quella che inizia dopo l'unificazione statale e l'emanazione dei primi codici, ciò che colpisce è l'atteggiamento orgoglioso della nascente dottrina commercialistica, nell'affermare e sviluppare la propria autonomia "giuridica" e "scientifica"<sup>2</sup>. Quella dottrina si dichiara subito sicura di trovarsi sulla via maestra del progresso civile e giuridico, forse anche con un certo atteggiamento di superiorità professionale (è manifesta, negli scrittori di diritto commerciale dell'Ottocento, la sensazione di chi avverte di trovarsi ad affrontare problemi ben più importanti, per lo svi-

<sup>1</sup> Naturalmente, si potrebbe andare ancora più indietro nel tempo. È noto che, già fra gli studiosi del diritto comune, si compieva, fra il XVI e il XVII secolo, quella divisione di orientamenti metodologici che doveva portare i giuristi, nel trattare la materia dei traffici commerciali, ad opporsi al "processo di unificazione delle fonti del diritto nelle mani di un principe assoluto", difendendo invece la peculiarità dei modi di produzione della disciplina del commercio, basata sull'esperienza dei mercanti e direttamente sui bisogni economici [cfr. F. CALASSO, *Diritto (le basi storiche delle partizioni)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 836-7]. Il richiamo alla natura delle cose come fonte di diritto, nella dottrina giuscommercialistica italiana della seconda metà dell'Ottocento (v. *infra*, nel testo), era il naturale retaggio di un atteggiamento culturale variamente diffuso in tutta Europa.

<sup>2</sup> La prima manifestazione di autonomia scientifica del diritto commerciale, in Italia può vedersi in G. MONTANELLI, *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, Pieraccini, Pisa, 1847. In quest'opera l'a. affermava la necessità di superare il metodo "empirico", che fin allora aveva caratterizzato lo studio e l'insegnamento della disciplina, ed affermava con nettezza (v., in particolare, p. 71 ss.) l'esigenza di superare la tradizione che attribuiva centralità al diritto romano-comune, trascurando di considerare che il "diritto civile" veniva così ridotto ad un insieme di materie e discipline residuali rispetto a quelle (M. indicava il diritto "pubblico, commerciale, giudiziario"), che erano particolarmente cresciute nel "diritto pratico moderno". Perciò M. auspicava una sintesi scientifica più ampia e moderna, caratterizzata dal superamento della dicotomia fra diritto civile e diritto commerciale (nel Granducato di Toscana, ove il M. viveva, insegnando a Pisa, i Tribunali speciali di commercio erano stati aboliti nel 1838).

Questo tema anticipava l'idea dell'unità del diritto privato, che diventò poi di grande attualità con la prolusione bolognese del 1888 di Cesare VIVANTE (*Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1887, 32 ss.). Vivante riconobbe al M. il primato nell'idea dell'unificazione del diritto privato, giudicando però il libro di M. "piuttosto metafisico, ma in questo punto abbastanza preciso ed efficace" (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*<sup>5</sup>, Vallardi, Milano, 1929, I, 23). Questo giudizio non era proprio infondato (anche se su di esso può avere influito la insistente professione di ortodossia cattolica, che pervade lo scritto del M.).

In questa prospettiva, il vero "manifesto" di inizio di una dottrina nazionale del diritto commerciale, orgogliosa della sua autonomia, può piuttosto vedersi in E. VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile*, in *Arch. giur.*, 1870, 92 ss., ove i temi di metodo, riassunti nel testo, vengono enunciati con grande efficacia e con un maggiore spessore culturale (in un contesto che comincia a tenere conto anche degli sviluppi della dottrina tedesca e non solo di quella francese).

luppo economico e civile del paese, di quelli normalmente affrontati dai giuristi civilisti).

Questo atteggiamento era certamente inserito in una corrente di pensiero presente in tutta Europa, che aveva visto le trattazioni di diritto commerciale emanciparsi, nel secolo XIX, dalla commistione con la semplice tecnica commerciale<sup>3</sup>, ed aveva maturato anche la qualificazione della disciplina – da parte dei

<sup>3</sup> Vale qui la pena di ricordare che, se pure la formazione di una dottrina giuridica del diritto commerciale, di rango accademico pari a quello del diritto civile, sia fenomeno relativamente tardo, che matura nel XIX secolo, norme giuridiche riguardanti le attività economiche e commerciali sono, però, molto più antiche (v. il recente volume di M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione. Scambi, regole*, Il Mulino, Bologna, 2016), così come molto più antico è il formarsi di una giurisprudenza commerciale. Solo che, per lungo tempo, questa esperienza giuridica non è stata accompagnata da una dottrina che se ne occupasse.

Ciò non può particolarmente stupire. In effetti, complesse esperienze giuridiche possono nascere e svilupparsi senza la presenza di una “dottrina” apposita, purché possano fondarsi su una base istituzionale (poteri riconosciuti, forze di polizia, ecc.) e su una propria attività giurisdizionale. È un fenomeno che si verifica ancor oggi (p.e., in Italia, per ciò che riguarda il diritto interno delle singole Regioni).

È noto che, storicamente, la prima dottrina giuridica (in senso tipico: come dottrina – o “scienza” – laica, caratterizzata da argomentazione razionale e dalla tendenza alla concettualizzazione) si manifesta storicamente nella civiltà romana (Capogrossi Colognesi, Schiavone). Ma è anche noto che quella esperienza si forma su un modello di diritto incentrato sull’idea di coesistenza di una pluralità di *patres familias*, ciascuno proprietario del suo patrimonio e portatore di libera volontà. Il fenomeno dell’impresa era estraneo a quell’orizzonte, ampiamente condizionato dall’ideologia aristocratica e antimercantile che orientava la cultura dell’epoca.

Tutto un filone di studi si è impegnato a dimostrare che, nel diritto di Roma, esistevano imprese e commerci e norme riguardanti questi fenomeni. Una sintesi aggiornata di questo filone di studi è in P. CERAMI, *Diritto commerciale romano*<sup>3</sup>, Giappichelli, Torino, 2010. Gli strumenti giuridici utilizzati furono principalmente la *societas* (con la variante quasi-capitalistica della *societas publicanorum*) e il *peculium* attribuito ad uno schiavo, che funzionalmente assolveva al ruolo di realizzare una responsabilità limitata nell’esercizio di determinate imprese (con possibilità che il “servo-manager” [Di Porto] divenisse anche strumento di gestione associata di determinate attività produttive). Sono ancor oggi aperte le discussioni sulla presenza o meno, nella Roma repubblicana e imperiale, di strutture giuridiche simili alle moderne società aperte al mercato dei capitali. Per la discussione sul punto, con conclusioni negative argomentate in base all’esistenza di ostacoli socioculturali, più che giuridici, v. A.M. FLECKNER, *Corporate Law Lessons from Ancient Rome*, in <http://corpgov.law.harvard.edu/2011/06/19>, che riassume le tesi svolte dall’a. nel volume *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Böhlau, Köln, 2010.

In ogni caso, anche se è difficilmente contestabile l’esistenza di imprese capitalistiche e di fiorenti commerci nella società romana, rimane notevole la considerazione che, nella miriade di fonti conosciute, sono poverissime (lo nota, da ultimo, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Il Mulino, Bologna, 2016) quelle che ci consentono di mettere in luce attività e liti giudiziarie nate nel contesto di quelle enormi opere pubbliche, o enormi forniture pubbliche, che furono realizzate in età repubblicana e, soprattutto, imperiale; e così pure può dirsi delle attività e delle liti giudiziarie sorte nel contesto del grande commercio d’oltremare.

Del resto, anche quando, nel Basso Medio Evo, si impone come fenomeno di prima gran-

suoi cultori – come componente più moderna dell’ordinamento. Questa corrente di pensiero aveva trovato la propria espressione più alta nell’opera di Levin Goldschmidt<sup>4</sup>, che aveva descritto la storia e i principi del diritto commerciale come diritto di formazione essenzialmente spontanea e tendenzialmente sovranazionale, sempre aperto alle innovazioni rese necessarie dal progresso economico. A questo quadro culturale i giuristi italiani aggiungevano, peraltro, una vena di orgoglio postrisorgimentale, nascente dalla consapevolezza di contribuire, con il loro lavoro di modernizzazione del diritto, alla costruzione di una grande nazione economicamente avanzata<sup>5</sup>.

In tale contesto, l’autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile venne teorizzata, dai giuscommercialisti italiani della seconda metà dell’Ottocento, lungo tre filoni diversi, che hanno lasciato radici più o meno profonde nella dottrina successiva:

I) Il primo riguarda *la teoria delle fonti*. Su questo piano vi erano, com’è noto, differenze formali tra diritto civile e diritto commerciale, già sancite dal-

---

dezza uno *ius mercatorum*, non per questo nasce subito una dottrina giuscommercialistica dotata di dignità accademica. Questo fenomeno giunge a compimento cinque secoli dopo e – non a caso – quando la rivoluzione industriale ha sconvolto le coordinate della vita sociale precapitalistica, per sostituirle con quelle di un mondo economico e sociale in continuo sviluppo.

Il fatto non è casuale. La civiltà europea aveva da secoli interiorizzato l’idea che la *rule of law* sia elemento portante della civiltà e del progresso (anche economico), e ciò ancor prima della formazione degli Stati moderni. L’avvento degli Stati sovrani moderni ingloba l’idea, precedente, del primato della *rule of law*, dando luogo alla teoria dello Stato di diritto contemporaneo e al giuspositivismo. Ma altre idee, non statalistiche, di diritto, rimangono nel terreno di discussione della dottrina giuridica. In tale contesto, la dottrina giuridica (e quella che sarà chiamata costruzione dogmatica del diritto, e che spesso sarà ideologicamente ammantata del crisma della “scientificità”) appaiono come aspetti essenziali della moderna civiltà. Ma nello stesso contesto si ammette l’esistenza di una dimensione “pratica” del diritto, che vive di proprie regole consuetudinarie, amministrata da tribunali speciali, ma non può pretendere al rango di dignità “scientificità”. Il diritto commerciale si è sviluppato ed affermato, per secoli, in questa dimensione.

È solo nel corso dell’Ottocento che si avverte (come si accenna nel testo) l’insostenibilità culturale di una concezione che relegava ai margini dello scibile giuridico un insieme di istituti (dalla contabilità d’impresa, ai titoli di credito, alle società di capitali, ecc.) che non avevano precise radici romanistiche ma, al contempo, rappresentavano assi portanti dell’economia del tempo e dell’eccezionale progresso che alla stessa si accompagnava.

<sup>4</sup>La fondazione della *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* è del 1858. L’inizio della pubblicazione del trattato, con la grande narrazione storica (che fu tradotta anche in italiano) è del 1864.

<sup>5</sup>Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, 51 ss., 94 ss., ove è correttamente dato risalto alla figura di Cesare Vivante, come protagonista indiscusso di questa stagione culturale, e alla *Rivista del diritto commerciale* (fondata dallo stesso Vivante e da lui diretta insieme con Angelo Sraffa) che, dal 1903 in poi, e per quasi mezzo secolo, svolgerà un ruolo centrale come sede di dibattito della dottrina giuridica italiana.

l'art. 1 del codice di commercio, che attribuiva valore preminente agli usi commerciali rispetto alle leggi civili. La dottrina giuscommercialistica andava però oltre, individuando una fonte di diritto non scritta nella "natura delle cose": questa linea, affermata con vigore da Vidari, continua, un po' attenuata, con Vivante (che inserirà un capitolo sulla "natura delle cose come fonte di diritto" in tutte le edizioni del suo Trattato), e poi – in un momento storico in cui l'idea era divenuta eterodossa, con Asquini<sup>6</sup> (che però riconosce ormai chiaramente la natura delle cose solo come fonte residuale). Dopo di allora, l'idea di un sistema di fonti proprio del diritto commerciale continuerà, in modo ormai isolato, con Lorenzo Mossa, per poi scomparire del tutto per decenni, dopo l'unificazione dei codici, ed essere infine ripresa, in tempi più recenti, con la riscoperta della *lex mercatoria* da parte di Franco Galgano.

II) Il secondo tratto di autonomia riguarda la *metodo di ricerca*: la dottrina giuscommercialistica afferma che lo studio attento ed approfondito dei fatti economici costituisce base essenziale di ogni corretta costruzione giuridica. Questa idea, già presente in Vidari, è teorizzata in modo netto da Vivante<sup>7</sup> e condivisa da tutti i giuscommercialisti del tempo.

---

<sup>6</sup> A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 129 ss.

Si deve però ricordare che una corrente minoritaria della dottrina giuscommercialistica (v. U. MANARA, *Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo*, in *Circolo giuridico*, 1889, 83 ss.) sosteneva con vigore (con chiara professione di ideologia giuspositivistica) l'idea del primato della legge e l'importanza del metodo esegetico, diffidando dalle idee – ritenute astruse ed arbitrarie – di quei dottrinari che pretendevano di costruire un "diritto commerciale razionale" sulla base di ragionamenti economici o di richiami a norme di questo o quell'ordinamento straniero.

Questa corrente di pensiero, minoritaria a fine Ottocento, cominciò a prevalere con l'inizio del secolo XX. Notevole influenza ebbe, in proposito, A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1907, che propugnava, anche per il diritto commerciale, una rigorosa teoria legalistica delle fonti (criticando aspramente, fra l'altro, F. Géný). Questo orientamento diverrà teoria ortodossa, generalmente ricevuta, con l'opera di Alfredo Rocco (*infra*, § 3).

<sup>7</sup> Già sin dalla prima edizione (1893) del suo *Trattato*. Come si accenna già nel testo, questo orientamento metodologico non si traduceva nel rifiuto delle costruzioni dogmatiche, ma in un programma di costruzione di una dogmatica rinnovata, emancipata dalla subordinazione agli schemi concettuali romanistici ed attenta alla funzione socioeconomica degli istituti ("*la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti*"). L'indicazione di metodo si colorava, in Vivante, anche di forte significato deontologico ("*Mi sarebbe sembrata una slealtà scientifica, un difetto di probità dettare la disciplina giuridica di un istituto senza conoscerlo a fondo nella sua struttura commerciale*": cfr. *Ricordo delle onoranze tributate a Cesare Vivante pel suo 25° anno d'insegnamento in Roma il 2 febbraio 1908*, a cura del Comitato, Roma, 1908, 14).

Sull'importanza e l'originalità di questo insegnamento, anche in un contesto storico di grande rinnovamento della cultura giuridica italiana, qual era quello di fine Ottocento e inizio Novecento, v. ancora P. GROSSI (nt. 4), 52 ss. (ove è anche giustamente valorizzato l'"atteggiamento storicistico" di Vivante).

Questa indicazione di metodo si innesta, nel pensiero della dottrina giuscomercialistica, su una precisa rivendicazione di differenza, rispetto al metodo civilistico. Si afferma l'idea secondo cui il diritto civile può accontentarsi di una visione del mondo fatta di individui proprietari, ciascuno portatore di libere volontà, e su questa base può elaborare le proprie costruzioni formalistiche. Il diritto commerciale no: esso ha bisogno di conoscere a fondo una realtà socio-economica, in cui esistono asimmetrie e diseguaglianze, e di elaborare costruzioni giuridiche che tengano conto dell'importanza della disparità di interessi e di poteri sociali, nonché dei fenomeni collettivi ed organizzati. È questo un insegnamento che rimane costante nel tempo e che, tendenzialmente, viene recepito da tutti i cultori della materia (anche se, spesso, più a parole che nei fatti).

A questo insegnamento metodologico si collega, peraltro, un'altra caratteristica del diritto commerciale dell'Italia di fine Ottocento: l'impegno sociale riformistico, il rifiuto dell'accettazione acritica delle consuetudini e del diritto spontaneo e quindi l'impegno per una legislazione sociale avanzata, anche a tutela del consumatore<sup>8</sup>. In tal senso si presta convinta adesione al principio del primato della legge sulla consuetudine (pur attribuendo alla "natura dei fatti" il ruolo sistematico integrativo di cui si è detto)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Testimonianze fondamentali di questo orientamento sociale e riformistico della dottrina giuscomercialistica dell'epoca sono le due prolusioni romane di Cesare VIVANTE (*I difetti sociali del codice di commercio*, in *La riforma sociale*, 1899, 25 ss.; *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, 1902, 345 ss.). Di notevole interesse, nella stessa linea di pensiero, anche la prolusione maceratese di Angelo SRAFFA (*La lotta commerciale*, Spoerri, Pisa, 1894).

Nella ricostruzione storiografica più accreditata (v. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, in [www.lincci.it](http://www.lincci.it), 2011, 9-10) i nomi di Sraffa e Vivante sono inseriti fra i protagonisti del riformismo progressista dell'epoca e la stessa visione eterodossa della teoria delle fonti (con il riconoscimento della "natura dei fatti" come fonte) viene letta come espressione di cultura giuridica progressista.

In realtà, penso che fra le due linee di pensiero non vi sia un'ispirazione comune: i programmi del socialismo giuridico invocano interventi legislativi correttivi di situazioni ingiuste esistenti (spesso legittimate anche dagli usi in vigore), mentre la "natura delle cose" è argomento più idoneo a legittimare soluzioni già affermatesi nella prassi degli affari (e quindi, per forza di cose, non sgradite ai maggiori centri d'interessi esistenti) che non a proporre correzioni di ingiusti equilibri già affermati.

Anche per quanto riguarda il collegamento della dottrina giuscomercialistica italiana con la corrente del socialismo giuridico, è stato giustamente notato (M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-75, II, 873 ss.) che esso si esaurisce rapidamente, dopo i primi anni del XX secolo. Da ultimo G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2007, 159, afferma – a mio avviso fondatamente – che "il Vivante più autentico non è tanto il riformista quanto il solidarista che resta comunque convinto dell'essenzialità del tecnicismo".

<sup>9</sup> Quest'ultimo atteggiamento appare "datato e discutibile" a M. STELLA RICHTER, *Cesare*

III) Il terzo filone di autonomia attiene all'affermazione del diritto commerciale come *diritto speciale sì, ma non eccezionale*<sup>10</sup>, con il conseguente riconoscimento della possibilità che le regole commercialistiche vengano sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile. Questa idea rappresenta un filone costante, un vero “filo rosso” della storia del diritto commerciale, anche se non sempre può dirsi adeguatamente sviluppata nelle elaborazioni dottrinali. In ogni caso, su di essa si radicava la convinzione, divenuta luogo comune e mille volte ripetuta (anche da non commercialisti), che faceva del diritto commerciale il “pioniere” del diritto civile (convinzione che è stata, poi, fra le idee fondanti della codificazione del 1942).

## 2. Alcuni punti critici della metodologia giuscommercialistica della generazione dei fondatori: il rapporto con il diritto civile

Questa orgogliosa rivendicazione dell'autonomia “giuridica” e “scientifica” del diritto commerciale poneva immediatamente, ai padri fondatori della disciplina, un problema di “regolamento di confini” con la sempre fiorente e prestigiosa dottrina giuscivilistica<sup>11</sup>.

Come si è già ricordato, sono frequenti (e, si può dire, non cesseranno mai neanche in seguito) le accuse di formalismo, rivolte dai cultori del diritto commerciale alla dottrina civilistica. Tuttavia, non si realizza mai, nella dottrina giuscommercialistica italiana del primo Novecento, un attacco frontale alla metodologia giuscivilistica.

---

*Vivante e il “mito di fondazione” della scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 523 ss., nell'ambito di un saggio, serio e meditato, che bene illustra i meriti dell'opera scientifica di V., senza però condividere l'ammirazione anche sotto il profilo etico e civile, che la figura di V. ha suscitato in moltissimi cultori della disciplina del diritto commerciale (compreso chi scrive). A prescindere da questo profilo, noto soltanto che la critica che S.R. rivolge a V. (e cioè che la sua visione del diritto è “*fortemente statalista e solo apparentemente liberista e pluralista*”) è una critica che – se fosse fondata (il che è da dimostrare) – dovrebbe essere rivolta a tutta la classe dirigente liberale dell'epoca.

<sup>10</sup> L'idea della “eccezionalità” delle norme di diritto commerciale era stata invece diffusa in precedenza, non solo nella dottrina ma anche nella legislazione (dall'Olanda al Regno delle Due Sicilie). Ricorda M. CARVALE, “*Perché mai il diritto privato è diviso in due campi, il civile e il commerciale?*”. *Le polemiche sul Codice di commercio nell'Italia liberale*, in C. ANGELICI e aa., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori-Sapienza, Milano, 2008, 82-3, che durante i lavori preparatori del codice di commercio del regno sabauda, il Consiglio di Stato giudicò la natura eccezionale delle norme di diritto commerciale “*talmente ovvia da considerare del tutto superfluo un articolo che la dichiarasse esplicitamente*”.

<sup>11</sup> Per ulteriori informazioni sul punto v. C. ANGELICI, *Il diritto commerciale nelle proluzioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1057 ss.

In particolare, il *Methodenstreit* che sconvolge la dottrina giuridica tedesca a cavallo dei due secoli, trova in Italia maggiore attenzione – accompagnata, peraltro, da una risposta molto conservatrice – nei filosofi del diritto e nei giusciviliisti<sup>12</sup>, piuttosto che nei giuscommercialisti<sup>13</sup> (salvo che, a cavallo degli anni Trenta, nel giovane Ascarelli: ma su ciò v. *infra*, § 4).

Nella dottrina giuscommercialistica dell'età vivantiana rimangono punti fermi, pienamente approvati malgrado tutte le differenze di metodo sopra segnalate al § 1, i due capisaldi su cui si fondava la metodologia ortodossa civilisti-

<sup>12</sup> Nella dottrina civilistica, il “manifesto” di chiusura della disputa metodologica, con l'affermazione delle posizioni giuspositivistiche più conservatrici, favorevoli ad una teoria cognitivista dell'interpretazione giuridica, può leggersi in G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225 ss.

Tra i filosofi del diritto, prevalse invece una “assurda” (così possiamo dire, col senno di poi), ma politicamente significativa, teoria della doppia verità, che riconosceva la creatività della giurisprudenza da un punto di vista filosofico, ma contestualmente proclamava che il giurista positivo doveva continuare a sentirsi vincolato alle sue convenzioni “scientifiche”, idonee a dare certezza alle soluzioni affermate (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Sugli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Riv. ital. scienze giuridiche*, 1913, 41 ss.; O. CONDORELLI, *Il valore della filosofia nella vita e nella scienza del diritto*, in *Arch. giur.*, 1926, 129 ss.). A questa teoria della doppia verità aderì anche il giovane Ascarelli, nel suo scritto sulle lacune dell'ordinamento giuridico (1925), nel quale, peraltro, prendeva le distanze anche dalla teoria (ancora diffusa, a quel tempo, nella dottrina giuscommercialistica) della natura delle cose come fonte di diritto. La fragilità di questa posizione e il rischio che la stessa divenisse la base per l'affermazione di posizioni giusliberistiche fu pienamente avvertita da Scaduto, che non a caso, nel suo scritto di difesa della tradizione metodologica, sopra citato, polemizzava proprio con Ascarelli.

<sup>13</sup> Fa eccezione, in parte, Antonio Scialoja (*supra*, nt. 5), che si poneva su posizioni rigidamente contrarie al giusliberismo. In un intervento successivo (A. SCIALOJA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 1 ss.), egli in qualche modo attenuò la propria opposizione, distinguendo fra “diritto codificato” e “diritto vivente”, con una posizione metodologicamente un po' ambigua, simile a quelle teorie della “doppia verità” di cui si è accennato nella nota precedente.

In senso opposto, favorevole al “modernismo giuridico” si dichiarò Lorenzo Mossa (*Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1931), la cui posizione è giustamente valorizzata da P. GROSSI (nt. 4), 148 ss.

Diversi anni dopo, L. MOSSA, *Scienza e metodi del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 97 ss., tentò di spiegare il silenzio della dottrina giuscommercialistica italiana nella grande discussione sul metodo, svoltasi in Europa nei primi decenni del secolo, asserendo che quella dottrina non aveva sentito il bisogno di teorizzare il proprio metodo, che essa sapeva ben praticare per tradizione (“*Quando una scienza giuridica ha bisogno di teorizzare i suoi metodi, è segno che essa non è più all'altezza dei suoi compiti*” [p. 99]); affermò anche che la dottrina giuscommercialistica non aveva avvertito il bisogno di impegnarsi nel *Methodenstreit* perché il metodo della giurisprudenza degli interessi “*era già il metodo del diritto commerciale*” (p. 121).

In questi giudizi di M. c'era una doppia forzatura ideologica: non è vero che i giuscommercialisti dell'Ottocento non avessero sentito il bisogno di esplicitare e giustificare i propri metodi; e non è neanche vero che avessero preso chiaramente le distanze dal concettualismo giuridico, contro cui si batteva la corrente metodologica che faceva capo alla “giurisprudenza degli interessi”.

ca italiana: da un lato la fedeltà alla legge (intesa come pieno rispetto della volontà, anche soggettiva, del legislatore: non accade mai che la “natura delle cose” sia invocata contro un preciso testo di legge); dall’altro la fiducia nella dogmatica concettualistica, intesa come scienza atta a definire ontologicamente gli “istituti” di cui si riteneva composto l’ordinamento giuridico<sup>14</sup>, che era inteso come un tutto organico, in cui le norme di legge apparivano come epifenomeni di una “natura giuridica” sottostante degli istituti relativi, di cui il giurista dogmatico si faceva carico di individuare e descrivere l’essenza<sup>15</sup>.

Non è qui il caso si soffermarsi sulle aporie che si nascondevano (ma non sono sicuro che sia corretto usare il tempo passato) in questa metodologia ortodossa. Certo è che i giuscommercialisti dell’età vivantina si professano sempre rispettosi del testo normativo e della definizione dogmatica della “essenza” o “natura giuridica” degli istituti studiati. Questa adesione di massima (non

---

<sup>14</sup>Peraltro, fin dalle sue prime manifestazioni (secolo XVI), la dottrina italiana aveva cercato di realizzare una “*stretta integrazione tra le consuetudini del diritto commerciale e le categorie della dottrina del diritto comune*” (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 273).

<sup>15</sup>Si può notare (col senno di poi), che i risultati di questo processo culturale non sono stati particolarmente brillanti: troppi sforzi vengono dedicati dalla giovane dottrina giuscommerciale – e in modo non molto coerente con i propri assunti metodologici – a costruzioni dogmatiche fine a se stesse, come quelle in materia di titoli di credito (anche qui mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Premesse a una revisione della teoria unitaria dei titoli di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, I, 192 ss.): una interminabile discussione teorica sulla “natura” dell’istituto, con la costruzione di una “teoria unitaria” dello stesso, per lungo tempo rivendicata dai giuscommercialisti italiani come il più originale contributo della loro disciplina allo sviluppo della teoria giuridica generale.

In realtà, l’originalità dell’esperienza giuscommerciale stava nell’aver creato su base consuetudinaria, nei secoli precedenti, un sistema di deroghe alla tradizione romanistica, non solo in ordine alla cedibilità dei crediti, ma anche in relazione al principio “*nemo plus iuris transferre potest etc.*”; e nell’aver creato, contemporaneamente, un sistema “decentrato” di distribuzione dei rischi della circolazione delle risorse impiegate nei nascenti mercati creditizi e finanziari. Un sistema che oggi può apparirci “primitivo”, perché si fondava su una regola che accollava l’intero rischio di momenti di irregolarità nella circolazione dei crediti in capo ad un singolo operatore che, anche incolpevolmente, si fosse trovato con il “cerino acceso in mano” (p.e. avesse emesso una cambiale in pagamento di un’operazione poi non andata a buon fine); ma è difficile negare l’importanza che questo meccanismo ha avuto per lo sviluppo dell’economia capitalistica, così come è difficile negare l’enorme distanza che la costruzione di questa disciplina rappresentava rispetto ai contenuti della tradizione giuridica romanistica, che pur continuava ad essere tendenzialmente considerata, nella cultura giuridica dominante, come *ratio scripta*. Ma gli sforzi dogmatici della dottrina miravano alla disperata ricerca di una “natura” del titolo di credito, che consentisse di inquadrare il fenomeno negli schemi concettuali di matrice romanistica, piuttosto che all’approfondimento dei profili funzionali della disciplina stessa).

Considerazioni in parte analoghe potrebbero farsi per lo sviluppo di altre discipline fondamentali del diritto commerciale, dalle procedure concorsuali ai contratti di assicurazione fino alle (storicamente più tarde, ma ormai pienamente affermatesi a metà dell’Ottocento) società di capitali.

giungerei a dire “di facciata”) alla metodologia ortodossa è stata forse anche un espediente per legittimare la dottrina giuscommercialistica come pari grado di quella civilistica, in quanto ormai in grado di sollevarsi dal mero empirismo e di attingere al piano dell’alta dogmatica giuridica (rimaneva poi sempre, in effetti, una prevalente attenzione per la realtà economica dei fenomeni studiati e per le novità normative, con una tendenza a limitare la dogmatica ad un ruolo, ricognitivo, che poi si affermerà nelle generazioni successive<sup>16</sup>: v. *infra*, § 6).

In questo clima culturale, la sfida alla metodologia ortodossa, che era implicita nelle posizioni di principio espresse dai principali cultori del diritto commerciale, e sopra riassunte nel § 1, finì per spostarsi su un terreno un po’ ambiguo, che era quello della riforma della legislazione. Tema, anche questo, peraltro a quel tempo discusso in tutto il mondo, che vedeva molti fautori di una legislazione unitaria del diritto privato, in chiave di modernizzazione complessiva del sistema<sup>17</sup>.

In questa prospettiva, il tema del “codice unico delle obbligazioni”, lanciato da Vivante nel 1888, divise la dottrina commercialistica dell’epoca in due partiti contrapposti: da un lato il “progressista” Vivante, dall’altro i (numerosi) “conservatori”, fra cui i nomi più importanti furono (in ordine di età) Ercole Vidari ed Alfredo Rocco<sup>18</sup>. La discussione si chiuse (in certo senso) con un *revirement* di Vivante che, sulla scorta di una riflessione trentennale e dell’esperienza acquisita nelle commissioni governative formate per la riforma del codice di commercio, si convinse anch’egli che “*la fusione fra i due codici avrebbe recato un grave pregiudizio al progresso del diritto commerciale*”<sup>19</sup>.

Riesaminata a distanza di tanto tempo, quella discussione acquista un signi-

<sup>16</sup> Un certo distacco dal metodo concettuale-dogmatico è indicato, come segno distintivo costante della dottrina giuscommercialistica italiana rispetto alla dottrina giuscivilistica, anche da R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all’inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 419.

<sup>17</sup> V., p.e., D. TALLON, *Civil law and commercial law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII/2, Mohr, Tübingen, 1976, che, fra gli esponenti di questa corrente di pensiero, all’inizio del secolo XX, cita (nell’ordine) Teixeira de Freitas, Huber, Molengraaff, Endemann e Vivante.

<sup>18</sup> La discussione è riassunta in M. ROTONDI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. La questione del codice unico delle obbligazioni*, in *Mon. trib.*, 1923, 705 ss. (che, negli anni successivi, rimase unico fautore della tesi dell’unificazione). Una accurata e completa ricostruzione recente di quel dibattito può leggersi in M. CARVALE (nt. 8), 81 ss.

<sup>19</sup> C. VIVANTE, *L’autonomia del codice di commercio – Introduzione* alla V edizione (1929) del *Trattato* (nt. 1). In questa Introduzione, che V. accostava all’Introduzione “classica” (“*L’unità del diritto privato*”), che veniva anch’essa ripubblicata, V. affermava che il suo era “*un atto di conversione tanto più meritevole d’attenzione, che non è piacevole all’amor proprio di chi lo fa*”. Una prima versione dello scritto era stata pubblicata sulla *Rivista di diritto commerciale* nel 1925.

ficato più profondo di quello che può risultare da una lettura esteriore del contenuto della polemica e degli argomenti addotti dalle parti.

Il programma del giovane Vivante era molto ambizioso<sup>20</sup>. Da un lato egli vedeva, nell'unificazione dei codici, la possibilità di emancipare la disciplina di diverse parti del diritto commerciale dal condizionamento, talora iniquo, degli usi e della stessa tradizione; in altre parole, la possibilità di realizzare un migliore equilibrio fra gli interessi delle imprese (i "commercianti") e quelli dei lavoratori e dei consumatori. Dall'altro, egli vedeva nell'unificazione dei codici la premessa per l'unificazione dei metodi di studio del diritto privato, in una sintesi in cui la metodologica giuscommercialistica, della cui superiorità egli era certamente convinto, si sarebbe affermata come metodologia generalmente accettata in tutto il campo del diritto privato<sup>21</sup> (c'era già, in altri termini, l'ambizioso programma di "commercializzazione del diritto privato", di cui tanto si parlerà, anni dopo, a seguito dell'unificazione dei codici nel 1942).

Le ragioni degli oppositori erano soprattutto di carattere pragmatico: ad essi la proposta di Vivante appariva come una fuga in avanti; erano invece convinti che l'unificazione avrebbe portato alla prevalenza di rigide norme di stampo civilistico e all'egemonia dei metodi formalistici del diritto civile anche nello studio dottrinale delle materie di diritto commerciale.

In sostanza, la disputa nascondeva due diverse strategie di espansione del diritto commerciale e della relativa dottrina: per i fautori dell'unificazione, i tempi erano maturi per affermare il primato delle regole e dei metodi del diritto

<sup>20</sup> Come è stato più volte notato, questo programma "egemonico" traspariva fin dal titolo della *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, fondata da Sraffa e Vivante nel 1903, e divenuta, nei decenni successivi, una delle più prestigiose riviste giuridiche italiane ("la più influente del primo trentennio del Novecento", come scrive P. GROSSI [nt. 4], 57), in cui scrissero molti prestigiosi esponenti di discipline diverse dal diritto commerciale.

V., in proposito, B. LIBONATI e aa., *La "Rivista del diritto commerciale" (1903-1922)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, 343 ss.

<sup>21</sup> Nelle pagine finali della sua Introduzione I (*L'unità del diritto privato*) V. affermava (p. 24) che "ora devono avviarsi sistematicamente gli studi in modo che quella fusione si prepari nella dottrina, rettificando, conciliando le teorie generali delle obbligazioni col diritto nuovo che sale dalla vita operosa dei traffici" e ravvisava un ravvicinamento come già in corso nella più recente dottrina giusciviltistica del tempo.

Ma è ancor più significativo che in una lunga *Nota*, aggiunta all'Introduzione I dopo la conversione di cui si è detto, V. palesava il senso soltanto "tattico" della sua conversione e la sua fiducia in una futura egemonia del diritto commerciale nell'ambito della dottrina privatistica. Egli affermava infatti (p. 25) che con la modernizzazione economica, più che con le idee della dottrina, "giungeremo ad avere in Italia un Codice che avrà solo il nome di Codice di commercio, con un rigoglioso contenuto di diritto comune raccolto in una sconnessa armatura di diritto professionale... finché il contenuto del Codice di commercio, divenuto un diritto comune, getterà all'aria l'involucro che oppone un ostacolo pernicioso al suo ampio sviluppo".

to commerciale; per i contrari, l'autonomia legislativa costituiva ancora, e avrebbe continuato a costituire per parecchio tempo, il necessario riparo per consentire alle norme e ai metodi del diritto commerciale di svilupparsi, senza il condizionamento che sarebbe potuto derivare dalla necessità di inquadrare ogni soluzione in regole più ampie di diritto comune; e di svilupparsi autonomamente non solo sul piano dei contenuti, ma anche su quello del continuo contatto con una prospettiva "internazionale", o comunque meno legata ai confini territoriali del diritto statale nazionale, nello studio della materia<sup>22</sup>.

La "conversione" dello stesso Vivante a favore della tesi della dualità dei codici è un segno importante della maggiore ragionevolezza, almeno a quel tempo e sul piano strategico, delle opinioni contrarie all'unificazione.

È notevole peraltro segnalare che, nel dibattito sull'unificazione dei codici, si dava comunque per scontato il superamento della giurisdizione speciale per le materie commerciali. I Tribunali di commercio furono aboliti nel 1888, quando erano ormai visti, dalla classe dirigente liberale (anche nella sua componente che esprimeva la cultura giuridica), come un residuo di tradizioni localistiche e corporative (gran parte dei giudici erano esperti non togati)<sup>23</sup>; una sopravvivenza che intaccava i principi del primato della legge e dell'unità della giurisdizione. La giurisdizione speciale era vista, dalla stessa dottrina commercialistica, come un residuo di un passato in cui il diritto commerciale era relegato in una dimensione "praticistica", piuttosto che come uno strumento organizzativo potenzialmente decisivo ai fini dell'affermazione di nuove regole e principi<sup>24</sup>.

Il fatto che poi la stessa unificazione dei codici sia avvenuta, per una decisione politica avulsa dal dibattito dottrinale sul punto (che, nel 1942, vedeva del tutto minoritaria la tesi dell'unificazione), ma che, una volta avvenuta, sia stata mantenuta con un consenso quasi generale (v. *infra*, § 5) conferma che tutta la discussione precedente non coinvolgeva vere ragioni di principio, né vere difficoltà di carattere strutturale (cioè inerenti alla struttura da dare ai testi legislativi). Il problema era (e sarà: l'unificazione del 1942 fornirà un test sperimentale sulla validità delle tesi che si erano battute nei due campi nel mezzo secolo precedente [v. *infra*, § 5]) quello della scelta della via migliore per la

---

<sup>22</sup> Il grande punto di riferimento di questo ordine di idee era costituito dall'opera di Levin Goldschmidt, il cui primato intellettuale, nella dottrina giuscommercialistica europea, era riconosciuto dallo stesso Vivante, che a lui dedicava il primo volume del suo trattato ("*A Levin Goldschmidt che mi educò coll'alto esempio a trarre dall'intimità della storia il sistema del diritto vivente*").

<sup>23</sup> Cfr. C. CIANCIO, *Mercanti in toga. I tribunali di commercio nel Regno d'Italia (1861-1888)*, Pàtron, Bologna, 2012.

<sup>24</sup> Una interessante coincidenza storica si verificò nella quasi contestuale creazione (1889) della giustizia amministrativa. È perfino banale osservare come l'esistenza di una giurisdizione speciale sia stata la base su cui si è costruita, nel secolo successivo, la serie di norme e principi del diritto amministrativo, in un continuo e proficuo dialogo fra giurisprudenza speciale e dottrina.

modernizzazione del diritto privato, nonché del peso relativo di diverse tradizioni culturali e accademiche.

### 3. *La sintesi giuspositivistica e statalistica (Alfredo Rocco)*

La chiusura (provvisoria) del dibattito sull'unificazione dei codici e sull'unità del diritto privato si accompagna, sulla soglia degli anni Trenta, ad una sistemazione dottrinale di sintesi che segna l'inizio della seconda fase del diritto commerciale contemporaneo in Italia. L'autore, a cui si deve questa sintesi e che pose le basi fondative di questa seconda, lunga stagione, è stato Alfredo Rocco<sup>25</sup>. Il contributo storico di questo a. è assai importante perché egli rappresentò il punto di consolidazione e di chiusura della prima stagione della dottrina giuscommercialistica nell'Italia postrisorgimentale.

Nella prospettiva disegnata da Rocco, il monopolio statale nella definizione delle fonti di diritto non è più messo in discussione. Diritto civile e diritto commerciale appaiono dunque accomunati come due materie differenti e complementari, nell'ambito di un diritto statale unitario. Tuttavia, l'autonomia del diritto commerciale viene riaffermata sul piano del metodo.

In particolare, Rocco affermava che *“Lo studio scientifico del diritto commerciale implica quattro ordini di ricerche:*

---

<sup>25</sup> La strategia “normalizzatrice” era già presente in un impegnato scritto giovanile (A. ROCCO, *Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Hoepli, Milano, 1905, 537 ss.), in cui l'autonomia del diritto commerciale era presentata come espressione di una accentuata specialità di materia, che giustificava la possibilità di espansione delle regole al proprio interno, con una netta differenza di contenuti normativi sul diritto civile, cui si riconosceva però il primato sul piano sistematico. La teorizzazione definitiva dell'autonomia del diritto commerciale, da parte di Rocco, si ebbe nei suoi fondamentali *Principi di diritto commerciale* (Utet, Torino, 1928). A questo volume si riferiscono (p. 83 ss.) le citazioni contenute nel testo.

L'importanza di R. e dei suoi *“Principi”* nella storia della dottrina giuridica italiana del XX secolo è sottolineata da P. GROSSI (nt. 4), 247 ss., ove è dato anche giusto risalto alla pretesa dell'a. di contribuire alla costruzione di una scienza unitaria del diritto. G. sottolinea anche ampiamente l'ispirazione pandettistica delle costruzioni dogmatiche di R., ispirate ad una logica di normalizzazione della materia rispetto al diritto civile (definendo i *“Principi”* come *“uno splendido epicedio del dommatismo logico nel campo del diritto commerciale”*). A mio avviso, l'insegnamento di R. tendeva a mantenere un'autonomia forte del diritto commerciale, atta a garantirne lo sviluppo interno (egli fu infatti avverso all'unificazione dei codici). In questa prospettiva, la “normalizzazione” dogmatica assumeva un significato ambiguo (forse inquadabile in un più ampio disegno di commercializzazione del diritto privato, ma certamente esposta al rischio di indebolire la stessa autonomia).

Più in generale, sul ruolo svolto da R. v. anche A. VANZETTI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 120 ss. (in commento all'omonimo libro di P. Ungari [1963]).

1°) *lo studio tecnico ed economico dei rapporti sociali regolati dal diritto commerciale;*

2°) *lo studio storico-comparativo... per nessun altro ramo del diritto, l'uso del metodo storico-comparativo è più interessante e proficuo...;*

3°) *lo studio esegetico delle norme del diritto commerciale positivo italiano;*

4°) *lo studio sistematico dei principî del diritto commerciale italiano, del loro coordinamento con le norme e i principî generali del diritto civile e coi principî generali del diritto positivo italiano. ...”.*

Il metodo del diritto commerciale era dunque incanalato sul terreno dell'ortodossia (esegesi dei testi normativi e successiva sistemazione dogmatica). Contemporaneamente, era però rivendicata una peculiarità metodologica consistente nella riaffermazione della necessità di un previo studio tecnico-economico della materia studiata e della valorizzazione del metodo storico-comparatistico.

Una volta accettata questa impostazione “normalizzatrice”, il successivo passaggio era però quello di valorizzare la capacità espansiva di un diritto commerciale, pur così normalizzato: *“Chiamiamo ricerca sistematica o dogmatica quella che si propone di colmare le lacune della legge, desumendo, mediante il processo della estensione analogica, dalle norme scritte altre norme più generali non scritte, e stabilendo così principî e regole generali... il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spesso bisogno di andare più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista... il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita quasi arcaiche... quanto più grande è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esse devono regolare... tanto più necessario diventa allargare l'indagine, fino a trovare principî e regole così generali, da servire anche per i casi non regolati... Il commercialista dunque deve, mediante un paziente lavoro di induzione, guadagnare concetti e norme generali, non solo nel campo del diritto commerciale propriamente detto, ma anche in quello del diritto civile e giungere perfino alla determinazione di principî generalissimi, comuni a tutto il sistema del diritto”.*

Questa sintesi, rigorosamente giuspositivistica, era destinata ad avere successo e a divenire senso comune fra i giuristi, e in particolare fra i giuscommercialisti: essa dava una piena legittimazione di scientificità “normale” al lavoro da essi svolto (con ciò superando definitivamente l'antica accusa di empirismo specialistico), senza però mortificarne l'orgoglio disciplinare, perché continuava ad attribuire al diritto commerciale quel ruolo di “pioniere” del diritto privato, che con entusiasmo era stato tradizionalmente rivendicato, in mille occasioni.

In questa sintesi l'autonomia scientifica del diritto commerciale era fondata su un metodo (che era, per questo profilo, ancora quello tradizionale dell'età vivantina) caratterizzato dall'attento studio socio-economico della materia stu-

diata e dall'altrettanto attento studio storico-comparatistico, inteso come strumento di ricerca delle soluzioni più efficienti, sia per il loro contenuto sia per i vantaggi (che oggi descriveremmo in termini di risparmio di costi transattivi) che possono venire dall'adozione di soluzioni tendenzialmente uniformi sul piano internazionale.

Questa rivendicazione dell'autonomia del metodo del diritto commerciale rimarrà nella tradizione disciplinare, anche se non sarà più teorizzata con convinzione, sopravvivendo quasi come un fiume carsico che riemerge talora, anche a distanza di molto tempo<sup>26</sup>.

In sintesi, può dirsi che, per molti cultori della materia, questa ricostruzione dell'autonomia fu uno strumento culturale debole, che non riuscì a conservare un atteggiamento di effettiva autonomia, e tanto meno un programma di egemonia culturale.

#### 4. *Gli anni Trenta: l'incontro con il diritto corporativo e le altre spinte modernizzatrici*

Le potenzialità di sviluppo autonomo della metodologia giuscommercialistica, pur astrattamente ancora presenti nella sistemazione di A. Rocco, non corrisposero, come si è detto, all'effettiva costruzione di un orientamento dottrinale atto a sfruttarle. In altri termini, gli elementi unificanti, presenti nella sistemazione rocchiana, tendevano a prevalere sugli elementi di autonomia: la dottrina giuscommercialistica tendeva così ad omologarsi a quella civilistica, in un momento storico in cui quest'ultima, peraltro, era prevalentemente ferma ad un metodo dogmatico concettualistico.

Singolarmente, la denuncia forse più appassionata di questa involuzione della dottrina del diritto commerciale si legge nello scritto di un civilista (di

---

<sup>26</sup> Cito solo due esempi (di un altro, più significativo, riguardante l'opera di G. Santini, si darà conto *infra*, nt. 58).

Il primo è P. ABBADESSA, *Note sulla doppia circolazione dei titoli di deposito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1966, I, 308 ss., che muove – in coerenza con la tradizionale metodologia commercialistica, che richiede il previo studio socioeconomico della materia trattata – da un'accurata ricostruzione della prassi commerciale per giungere alla conclusione di un sostanziale svuotamento e della necessità di un'interpretazione fortemente evolutiva degli artt. 1790-1797 c.c. (evitando di impegnarsi in inutili discussioni dogmatiche sulla "natura giuridica" della fede di deposito e della nota di pegno).

Il secondo, molto più recente, è V. CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. dir. societario*, 2012, I, 255 ss., che riprende (peraltro in modo convincente) il tradizionale argomento giuscommercialistico relativo al valore costruttivo dell'analisi storico-comparatistica.

grande ingegno): Enrico Finzi<sup>27</sup>. Parlando del diritto commerciale dei suoi tempi, Finzi scriveva: “*la codificazione lo ha cristallizzato, e la sistematica lo ha ricondotto verso la grande corrente del diritto civile, nella quale sta già per confluire... La dogmatica... ne ha precluso ogni forza di espansione dottrinale... i giuristi... non hanno saputo fare di meglio che comporlo ordinatamente nel sistema del diritto civile: quasi in una tomba...*”.

La potenza letteraria di queste frasi segnala un sentimento profondo di delusione: il programma di modernizzazione del diritto privato, che l’ottimismo posttrisorgimentale vivantiano affidava ad un protagonismo dottrinale complementare ad un illuminato riformismo legislativo, appariva fallito<sup>28</sup>.

Nell’Italia degli anni Trenta, che sentiva anche lo sconvolgimento provocato dalla crisi economica mondiale, una nuova generazione di giuristi guardò allora a nuovi programmi di modernizzazione del diritto, diversi da quello vivantiano; in questa prospettiva, un diritto commerciale rinnovato apparve a molti la necessaria base per questa modernizzazione, che avrebbe dovuto investire parallelamente il sistema economico e quello giuridico.

Questo programma di rinnovamento si incentrò su due idee-forza<sup>29</sup>:

(i) quella per cui il diritto commerciale doveva abbandonare l’impostazione individualistica, incentrata sull’atto di scambio, e porre invece come elemento centrale di una moderna disciplina delle attività economiche la figura dell’impresa, concepita come organizzazione produttiva stabile<sup>30</sup>;

---

<sup>27</sup> E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Annuario del R. Istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Firenze*, XI, 33, 1932, 1 ss.

La figura di questo giurista è stata giustamente rivalutata da Paolo Grossi (che lo ebbe come docente). V. P. GROSSI, *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, 19 ss. (Enrico Finzi: un giurista solitario); nonché P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Il Mulino, Bologna, 2008, 25 ss.

<sup>28</sup> G. COTTINO, *Introduzione al Trattato – Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, vol. I, Cedam, Padova, 2001, 349, ha scritto che “*fu tutto sommato solitaria la voce critica di Cesare Vivante*”. Più che “solitaria”, direi “minoritaria”: malgrado l’indiscusso prestigio di cui V. godeva nella comunità accademica disciplinare, il suo impegno civile riformistico fu seguito solo da una minoranza di studiosi della generazione successiva, anche se, fra questi, vi furono proprio le due personalità di maggiore spicco, cioè Lorenzo Mossa e Tullio Ascarelli (v. *infra* nel testo).

<sup>29</sup> Queste idee sono presenti anche nello scritto di E. Finzi, citato nella nota 21.

<sup>30</sup> Questa impostazione, che, nella costruzione dei contenuti del diritto commerciale, portava dalla tradizionale centralità dell’atto di scambio (“atto di commercio”) alla nuova centralità dell’impresa come organizzazione produttiva (un vero e proprio “mutamento di paradigma”) è associata soprattutto al nome di Karl Wieland (il cui trattato inizia ad essere pubblicato nel 1921).

In realtà, come segnala C. ANGELICI (nt. 11), la proposta di sostituire, nello studio del diritto commerciale, il paradigma dello scambio con quello della “produzione” (e poi, nella stessa linea di pensiero, dell’“impresa”), risale alla seconda metà dell’Ottocento (A. cita in proposito la prolusione di Leone Bolaffio del 1889 e poi ripercorre la storia dell’idea nei decenni successivi).

(ii) quella per cui il diritto commerciale doveva prendere atto del superamento storico dell'impostazione economica liberista e della correlativa visione di un'economia di mercato in cui lo Stato fosse solo arbitro neutrale, ed accettare invece l'idea di un'economia diretta e controllata dallo Stato, con una tendenziale funzionalizzazione dell'impresa privata.

Questa seconda idea, che in Germania era già maturata da diversi anni, con la teorizzazione dell'autonomia disciplinare del *Wirtschaftsrecht* (da parte di J.W. Hedemann e altri), nell'Italia fascista degli anni Trenta si incentrava sulla scoperta e sulla valorizzazione del diritto corporativo e portava a concepire un programma di costruzione del nuovo diritto commerciale incentrato sulla figura giuridica dell'impresa e su uno stretto intreccio fra diritto privato e diritto amministrativo<sup>31</sup>.

---

In ogni caso, l'idea della centralità dell'impresa trovò nella dottrina italiana, e in particolare nell'opera di Lorenzo Mossa (v. *infra* nel testo), uno sviluppo e un sostegno appassionato, che la posero al centro del dibattito, anche a livello internazionale (basti pensare che Wieland dedicò a Mossa una delle successive edizioni del suo trattato).

Un'interessante ricostruzione del percorso, che va dall'individualismo proprietario ottocentesco (dominante anche nella teoria giuscommercialistica del "commerciante" e degli "atti di commercio"), al superamento dello stesso nel periodo fascista, con l'affermarsi della teoria dell'impresa come istituzione, in un quadro di riconosciuto dominio statale (vicenda in cui l'a. indica come protagonisti Rocco e Mossa), fino alla ripresa di individualismo nel periodo post-fascista, con la teorizzazione della libertà di iniziativa economica come libertà individuale e il rafforzamento della tutela di diritti individuali di consumatori ed azionisti, può leggersi in F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 37 ss.

Per una ricostruzione completa del percorso della dottrina tedesca che, a partire dalla formazione dello *Handelsgesetzbuch* del 1897, aveva elaborato le nozioni giuridiche di impresa e di azienda, ponendole poi a fondamento della nuova disciplina del *Wirtschaftsrecht* e della nuova concezione del diritto commerciale come diritto dell'impresa, v., dello stesso F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'"Unternehmen" nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 299 ss.

Per curiosità, si può ricordare anche il tentativo (avviatosi in Francia e in Belgio nella seconda metà del XIX secolo, con un seguito in Italia e nei paesi di lingua spagnola) di costruire una nuova partizione disciplinare, incentrata sul concetto di "impresa" o di "azienda", e chiamata "diritto industriale", contrapposta ad un "diritto commerciale", inteso come disciplina legata al paradigma dell'atto di scambio. La proposta (su cui v. M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale* [1977], rist., E.S.I., Napoli, 2016, cap. I) non ha avuto successo per varie ragioni, fra cui soprattutto quella consistente nell'assorbimento della proposta di base, e cioè nell'assunzione del paradigma dell'impresa da parte di una disciplina accademicamente ormai affermata, qual era il diritto commerciale.

<sup>31</sup> Una bella ricostruzione del clima del tempo, incentrata sulla ricostruzione del profilo intellettuale di alcune grandi personalità (Asquini, Ascarelli, Bigiavi, Mossa) è quella di G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 5 ss.

Nell'ambito di questo filone di pensiero, insieme innovatore (per quanto riguarda i metodi) e ortodosso (per quanto riguarda l'adesione convinta al regime corporativo e allo statalismo dominante nell'ideologia del regime), i fermenti dottrinali degli anni Trenta vedono emergere – con caratteristiche individuali proprie – anche la personalità forte ed eccentrica di Lorenzo Mossa: questi non si pone ufficialmente come oppositore del regime<sup>32</sup>, ma contemporaneamente costruisce una sua visione del diritto commerciale, incentrata sull'idea di impresa e caratterizzata dall'idealizzazione della continuità storica della dottrina giuscommercialistica. In questa visione viene recuperato – in controtendenza con il giuspositivismo statalistico – il pluralismo delle fonti, colorato di forti spunti giusliberistici e, contemporaneamente, si esprime un forte impegno sociale (soprattutto a favore di lavoratori e consumatori), erede del vecchio socialismo giuridico<sup>33</sup>. A questa impostazione metodica, molto distante dagli orientamenti correnti della dottrina civilistica del tempo, viene anche dato il nome di “metodo dell'economia”. In questa impostazione, la centralità dell'impresa (intesa come organizzazione produttiva stabile) era intesa in senso più forte di quanto poi sia accaduto con il codice del 1942, in quanto essa si estendeva fino allo studio dell'impresa come “comunità di lavoro”, allargando l'ambito della disciplina giuscommercialistica fino alla materia del diritto del lavoro (i cui rapporti si proponeva di sottrarre all'inquadramento civilistico tradizionale della *locatio operis*)<sup>34</sup>.

---

A mio avviso, la migliore teorizzazione del programma politico-culturale descritto nel testo può leggersi in P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 334 ss. (notevole per la sistemazione teorica dell'autonomia normativa delle regole di diritto commerciale e per l'accettazione esplicita di un'economia programmata dallo Stato).

Naturalmente, l'esponente più significativo di questo orientamento fu Alberto Asquini (di cui v., in particolare, A. ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 509 ss.).

Notevole è anche A. CANDIAN, *Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1928, che teorizza il superamento dell'autonomia tradizionale del diritto commerciale nel quadro di una visione unitaria del diritto, in cui si valorizzano anche schemi amministrativistici. L'impiego di schemi giuspubblicistici, nella ricostruzione della disciplina dei poteri funzionali interni all'impresa, fu poi applicato da Candian nel volume *Nullità e annullabilità delle delibere di assemblea di società per azioni* (Giuffrè, Milano, 1942).

<sup>32</sup> La sostanziale indipendenza di Mossa dal regime fascista ebbe modo di manifestarsi peraltro, dopo l'entrata in vigore delle leggi razziali, con una nobile e coraggiosa azione di protezione degli studenti ebrei (v. G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Giuffrè, Milano, 2011, 186-7).

<sup>33</sup> Tra gli scritti principali di L. MOSSA, v. (oltre a *Scienza e metodi del diritto commerciale* [nt. 10]) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 33 ss.; *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 439 ss.

<sup>34</sup> Cfr. L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale e il codice sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 39 ss. (articolo chiaramente scritto, in larga parte, prima della caduta del fasci-

Le idee di Mossa, spesso acute e brillanti<sup>35</sup>, si inserivano tuttavia in una discutibile visione “continuistica” del diritto commerciale, che idealizzava una “genuina” scienza giuscommercialistica, sempre uguale a sé stessa ed autosufficiente (e quindi non bisognosa di fusioni con il diritto civile). In questo senso la posizione di Mossa era, peraltro, molto distante da quella vivantiana, che invece propugnava un assiduo dialogo con il diritto civile. Il programma culturale di Mossa finiva invece per essere non tanto un programma di egemonia, ma la premessa di un isolamento, che poi caratterizzò sempre più la posizione di questo studioso, negli anni successivi alla codificazione del 1942<sup>36</sup>.

Gli anni Trenta vedono anche emergere un'altra grande personalità di studioso del diritto commerciale: Tullio Ascarelli. Questi, fin dai primissimi studi, aveva manifestato una spiccata sensibilità per i problemi giusfilosofici e metodologici, mai disgiunta dalla volontà di mantenere una forte identità di giurista positivo, nonché, in particolare, dalla volontà di affermare la propria continuità con la tradizione giuscommercialistica e, in particolare, con l'insegnamento di Vivante<sup>37</sup>. Ascarelli è il primo giuscommercialista che supera, in relazione al problema del metodo, l'atteggiamento sostanzialmente autoreferenziale della tradizione disciplinare, e si inserisce, con piena dignità, nel dibattito metodologico generale (per di più, con una forte proiezione internazionale).

Il punto di maturazione della metodologia ascarelliana, che poi accompagnerà stabilmente la sua opera successiva, si esprime nella prolusione parmense del 1933<sup>38</sup>. Qui compare già, in termini abbastanza chiari, il tema, fonda-

---

smo). Questa tendenza dei giuscommercialisti di occupare il terreno del nascente diritto del lavoro non riuscì a vincere il confronto (ci si riferisce naturalmente alla fase storica antecedente la compiuta autonomizzazione della disciplina) con la parallela impostazione civilistica, facente capo a L. Barassi e poi a F. Santoro Passarelli. L'ultimo giuscommercialista che coltivò sistematicamente il diritto del lavoro fu Mario Ghidini (il cui corso di diritto del lavoro era ancora molto apprezzato negli anni Sessanta).

L'attenzione della dottrina giuscommercialistica per la materia del lavoro era comunque precedente all'opera di M.: per lunghi anni la *Rivista del diritto commerciale* era stata il principale luogo di svolgimento delle discussioni in materia (cfr. P. GROSSI [nt. 4], 97 ss.).

<sup>35</sup> Una giusta rivalutazione della teoria giuridica istituzionalistica dell'impresa di Lorenzo Mossa è stata di recente proposta da A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649 ss.

<sup>36</sup> Un grande apprezzamento dell'opera di Mossa, accompagnato da un equilibrato giudizio critico sui limiti della stessa, può leggersi in P. GROSSI (nt. 4), 190 ss.

<sup>37</sup> Ascarelli tornò spesso, nei suoi scritti, sulla storia del diritto commerciale e della dottrina giuscommercialistica italiana. V., in particolare, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, II, 983 ss.

<sup>38</sup> T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 1 ss. (si noti la contemporaneità con lo scritto di P. Greco, sopra citato alla nt. 23, ma anche la diversità di prospettiva: A, è molto meno impegnato su problemi di politica del diritto contingente, non entusiasta del diritto corporativo, più sensibile al dibatti-

tale in A., della inevitabile autonomia del giurista-interprete, a cui consegue la teorizzazione del ruolo del giurista positivo come soggetto che può e deve cooperare allo sviluppo del diritto attraverso l'esercizio responsabile della funzione creativa insita in ogni attività giurisprudenziale. Si propone quindi un modello di giurisprudenza portatrice di propri giudizi di valore e consapevole del proprio ruolo e della propria responsabilità; un modello inconciliabile con quello proprio della metodologia ortodossa del tempo, ancorata all'idea della funzione puramente conoscitiva dell'interpretazione<sup>39</sup>. Della metodologia ortodossa A. rifiuta già allora i due canoni fondamentali: la necessità del rispetto puntuale della volontà del legislatore (anche se, nella metodologia ortodossa, di solito oggettivizzato e personalizzato)<sup>40</sup> e il culto del sistema dei concetti giuridici, a cui era attribuito un significato ontologico. Per di più, lo scritto introduce un parallelo – che sarà poi riproposto e sviluppato negli scritti successivi – tra formalismo interpretativo e conservatorismo politico.

Questo scritto proponeva un programma di rinnovamento della dottrina giuridica italiana, che riguardava certo il diritto commerciale, ma che, altrettanto certamente, non si limitava entro i confini disciplinari di questa materia. Il programma vivantiano di egemonia era in certo senso ripreso, ma in una prospettiva culturale più ampia, ed anche più ambiziosa<sup>41</sup>.

---

to metodologico che si svolge in altri paesi, e attento soprattutto a riflettere, in generale, sulla funzione e sulla responsabilità civica del giurista positivo).

<sup>39</sup> Ovviamente, le idee espresse da A. hanno diversi collegamenti con correnti di pensiero in vario modo presenti nella cultura giuridica europea. Da un lato è evidente l'influenza dell'idealismo filosofico (lo stesso A. più volte dichiarò il suo tributo alle idee del filosofo del diritto Max Ascoli), ma, più in generale, può dirsi che l'idea della necessità di conciliare il contributo creativo della giurisprudenza con un'adesione leale e convinta ai principi dell'ordinamento, che trovavano espressione nei codici, era stata ben rappresentata in una corrente, minoritaria ma consistente, del pensiero giuridico italiano, fin dalla metà dell'Ottocento (cfr. A. SPINOSA, "L'economia dei giudici moderni". *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 40, 2011, 747 ss.).

<sup>40</sup> All'idea della rigida fedeltà alla legge A. sostituì quella della necessaria "continuità" con i testi normativi. Questa idea, che molti osservatori successivi, da Norberto Bobbio a Paolo Grossi, hanno giudicato un punto oscuro e debole della riflessione ascarelliana, rappresenta invece, a mio avviso, una profonda intuizione: quella per cui il "significato" dei testi normativi è sempre storicamente condizionato e non è altro che ciò che di tali testi pensa la comunità dei giuristi, a sua volta bisognosa di legittimazione e consenso da parte dell'ambiente sociale circostante. Questa idea, certamente collegabile allo storicismo idealistico crociano, che rappresentava la base filosofica dei ragionamenti ascarelliani, fu più volte ricollegata da A. anche alla tradizione talmudica. In questa prospettiva, l'argomentazione "in continuità" con i testi normativi non è puro gioco verbale, ma rappresenta – in quanto rivolta all'adesione razionale degli altri giuristi e dell'ambiente sociale in cui essi si collocano – un segnale di conferma dell'appartenenza ad una comunità storicamente data ed ai valori che la tengono unita.

<sup>41</sup> Nello stesso tomo di tempo, un programma di rinnovamento fondato sul rifiuto di una dogmatica astratta e sulla valorizzazione del diritto comparato era stato intrapreso da Mario Rotondi,

Com'è noto, le leggi razziali imposero ad Ascarelli di abbandonare, pochi anni dopo (nel 1938), l'Italia. Perciò egli non poté essere protagonista di quella svolta storica che fu rappresentata, subito dopo il suo esilio, dall'unificazione dei codici; anche se, tornato in Italia una decina di anni dopo, divenne immediatamente protagonista del dibattito degli anni Cinquanta (v. *infra*, § 6).

### 5. *L'unificazione dei codici e la costruzione di una nuova sintesi "ortodossa"*

Com'è noto, l'unificazione dei codici fu il risultato di una scelta politico-ideologica di vertice, volta ad affermare il ruolo onnicomprensivo dello Stato e dell'ordinamento corporativo<sup>42</sup>. Essa non corrispondeva ai programmi culturali della dottrina giuscommercialistica dell'epoca, che era invece ferma all'idea di una specialità largamente rispettata e normalizzata, garanzia di una riconosciuta autonomia scientifica ed accademica. È noto, peraltro, che contenuti normativi speciali, relativi all'impresa e all'impresa commerciale in particolare, furono mantenuti nel codice civile unificato, così ponendo le premesse per la conservazione, anche in futuro, di quell'autonomia scientifica ed accademica.

Il dibattito sull'unificazione dei codici fu vivace, immediatamente dopo la caduta del fascismo, e vide intrecciarsi il tema dell'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile con il tema della reazione all'unificazione forzata dai codici, voluta dal regime fascista. Quest'ultimo tema si svuotò ben presto di interesse, con l'affermarsi della convinzione che, tolti pochi orpelli di carattere politico, il codice civile del 1942 potesse essere pienamente accettato dall'Italia repubblicana<sup>43</sup>. L'idea di un ritorno alla separazione fra codice civile e codice di commercio rimase così del tutto marginale.

---

che era rimasto uno dei pochi fautori dell'unificazione del diritto privato, in una prospettiva di modernizzazione dell'intero sistema di diritto privato (v. *supra*, nt. 14). Come coerente sviluppo di questo programma vi fu la fondazione della *Rivista del diritto privato*, che, fin dal titolo, denunciava il superamento dell'idea di specialità del diritto commerciale. Su di essa v. U. SANTARELLI, "Un illustre (e appartato) foglio giuridico". *La Rivista di Diritto Privato (1930-1944)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1987, 665 ss.

<sup>42</sup> La storia della formazione del codice civile unificato del 1942 è stata raccontata più volte. La ricostruzione più accurata è quella di N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano, 2003. In particolare, sull'unificazione dei codici civile e commerciale, v. R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990. V. anche E. MARCHISIO, *Sulle "funzioni" del diritto privato nella costituzione economica fascista*, E.U.M., Macerata, 2007; nonché A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Cedam, Padova, 2009, 136 ss. V. anche, in una prospettiva che supera l'interesse dello specifico istituto studiato, C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Cedam, Padova, 2008.

<sup>43</sup> La vicenda può essere inquadrata nel più generale fenomeno di rimozione dell'eredità fa-

Il dibattito si incentrò, invece, sull'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale. Parecchi giuscommercialisti (p.e. Mossa, Valeri, La Lumia) affermarono che l'unificazione dei testi normativi non faceva venir meno un'autonomia di contenuti (per Mossa, anche di principi e di metodi), del diritto commerciale. Ma l'idea apparve ai più (certamente ai giusciviliti, ma anche alla maggioranza dei giuscommercialisti<sup>44</sup>) antiquata: l'unificazione dei codici appariva piuttosto come un fatto storico irreversibile, che comportava anche la necessità, per giusciviliti e giuscommercialisti, di riconoscersi come impegnati in un lavoro comune di costruzione del nuovo diritto privato<sup>45</sup>, in cui non potevano più riconoscersi principi e metodi diversi fra le due discipline. La sola autonomia riconosciuta al diritto commerciale era quella didattica.

Credo che il sentimento prevalente sia stato espresso, meglio di ogni altro, da Giuseppe Ferri<sup>46</sup>, il quale osservò che:

(i) l'unificazione dei codici doveva ormai essere vista come un fatto compiuto, ed anche positivamente accettata per alcune modifiche normative che modernizzavano il sistema delle norme di diritto privato (la c.d. "commercializzazione del diritto privato");

(ii) l'unificazione non faceva tuttavia cessare l'autonomia scientifica della di-

---

scista, che caratterizzò (al di là dell'antifascismo ideologico ufficiale) la società italiana del dopoguerra e portò alla riabilitazione di quasi tutto il ceto accademico che maggiormente si era compromesso con il precedente regime. Nell'ambito della dottrina giuscommercialistica il ruolo di protagonista, in tale contesto, spetta ovviamente ad Alberto Asquini, sul cui profilo culturale e politica v. la pregevole monografia di C. MONTAGNANI, *Il fascismo "visibile"*. *Rileggendo Alberto Asquini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

<sup>44</sup> Tanto da divenire prevalente presso la manualistica più accreditata. V., p.e., F. FERRARA jr.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*<sup>12</sup>, Giuffrè, Milano, 2001, 16-7.

<sup>45</sup> È interessante osservare i riflessi culturali che ha avuto la dislocazione "topografica" delle norme di legge. Se, da una parte, l'unificazione tra il codice civile e il codice di commercio portava a rafforzare l'idea dell'unità del diritto privato e a parlare di "commercializzazione del diritto privato" (pur nei due diversi orientamenti, che si è cercato di delineare nel testo), al contempo, la scelta di emanare un codice della navigazione separato portava ad una definitiva specializzazione della relativa disciplina. Il diritto marittimo, che era stato parte cospicua delle trattazioni ottocentesche del diritto commerciale, veniva, dopo il 1942, rapidamente espunto dalla manualistica e, ancor più, dai programmi di ricerca dei cultori del diritto commerciale. Probabilmente, l'ultimo giuscommercialista di prestigio che ha studiato, con impegno monografico, temi di diritto della navigazione, è stato Antonio Pavone La Rosa, con i suoi studi sulla polizza di carico degli anni Cinquanta.

<sup>46</sup> G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 96 ss.

Il ruolo personale di Giuseppe Ferri, nei lavori della commissione per la riforma dei codici, è ricostruito da F. TREGGIARI, *Di Giuseppe Ferri, dei codici e di altre cose commendevoli*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 455 ss.

sciplina; anzi, essendo l'unificazione spesso avvenuta in modo artificioso, trascurando le differenze socioeconomiche (soprattutto per ciò che riguarda il tema centrale, costituito dalla disciplina dell'impresa), era compito della dottrina fare riemergere le differenze trascurate dal legislatore e costruire, in via interpretativa, soluzioni più adeguate alla realtà socioeconomica sottostante<sup>47</sup>.

Nel programma culturale così delineato, il compito della dottrina giuscommercialistica, ancorché delimitato nel campo di un'autonomia scientifica e didattica, che non rivendicava diversità di principi e di metodi rispetto al diritto civile, rimaneva importante, e non certo confinato alla sola esegesi delle disposizioni del nuovo codice.

Questo programma poteva essere, peraltro, inteso in due modi diversi (e diversamente ambiziosi): da un lato era latente l'idea che la "commercializzazione del diritto privato", derivante dall'unificazione dei codici, non dovesse limitarsi al livello dei testi normativi, ma dovesse portare alla costruzione di una vera e propria comunità dottrinale del diritto privato, in cui i giuscommercialisti avrebbero accettato di perdere parte del loro tradizionale specialismo, per divenire giuristi "generalisti", investiti del ruolo di parte più moderna e propulsiva della dottrina giusprivatistica<sup>48</sup>; dall'altro, la "commercializzazione del diritto privato" poteva essere intesa come semplice aumento del peso relativo

---

<sup>47</sup> Sull'attuazione di questo programma culturale, nell'opera successiva di G. Ferri, mi permetto di richiamare M. LIBERTINI, *L'impresa*, in *Giuseppe Ferri e il legislatore*, a cura di B. Libonati, Jovene, Napoli, 2009, 27 ss.

<sup>48</sup> Non è un caso che diversi giuscommercialisti della generazione più attiva negli anni dell'unificazione dei codici si dedichino anche all'insegnamento di Istituzioni di diritto privato, pubblicando i relativi corsi di lezioni (così lo stesso Ferri e Giuseppe Auletta), e costruiscano con impegno lavori monografici che affrontano temi propriamente "civilistici" (così Walter Bigiavi, con il libro sulla delegazione [1940], o Giuseppe Auletta con i libri sulla risoluzione per inadempimento [1942] e sulla revocatoria [1939], o Giorgio Oppo con i libri sull'interpretazione del negozio giuridico [1943] e sull'adempimento delle obbligazioni [1947]; già negli anni Trenta c'erano stati, peraltro, gli studi di Tullio Ascarelli sulle obbligazioni pecuniarie e sul negozio indiretto). Si deve anche ricordare che un fenomeno speculare, benché di dimensioni minori, si verificava, in quel torno di tempo, nella dottrina civilistica: si pensi agli scritti di Francesco Santoro Passarelli sull'impresa o al volumetto di Gino Gorla sulle società (1942).

Qualche anno dopo, un giurista che aveva sempre coerentemente sostenuto la tesi dell'unità del diritto privato secondo l'antica ispirazione vivantiana, poteva esprimere un giudizio totalmente positivo sull'unificazione legislativa, aggiungendo che, ormai, un diritto commerciale come complesso organico di norme non esisteva più (M. ROTONDI, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie*, in *L'unité du droit des obligations*, a cura di M. Rotondi, Cedam, Padova, 1974, 489 ss.).

Un giudizio non dissimile, anche se meno deciso, sull'effetto positivo della "unificazione di metodi" susseguita all'unificazione legislativa, fu espresso anche in seguito da G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 221 ss. (nonché in ID., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, 70).