
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

1

Il diritto commerciale
tra impresa e mercato

SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione storica del diritto commerciale. – 2. L'impresa e il mercato: rapporti con i terzi a monte e a valle dell'impresa; rapidità e sicurezza dei traffici; mercato e concorrenza. – 3. Oggetto del diritto commerciale ed articolazione della materia.

1. Origine ed evoluzione storica del diritto commerciale

Primo periodo (nascita del diritto commerciale).

È convinzione diffusa che il “diritto commerciale” nasca nel **medioevo**, nel XII secolo, quale risposta alle esigenze originate dal passaggio da un'economia curtense e sostanzialmente agricola a un'economia dinamica e basata sui traffici.

Difatti, se la prima aveva trovato piena soddisfazione nel diritto romano, tipicamente vicino alle ragioni della proprietà fondiaria, la seconda richiedeva la produzione di norme che favorissero la nascita e lo sviluppo di un “mercato”. In particolare, si poneva l'esigenza di creare condizioni giuridiche che agevolassero il commercio e la circolazione della ricchezza, quale premessa essenziale del successo di un'economia fondata sullo scambio (prevalentemente, all'epoca, incentrato sulla distribuzione, da parte del ceto mercantile, della produzione artigianale).

È così, dunque, che il diritto commerciale nasce quale diritto privato frutto di una autoregolamentazione mercantile (*ius mercatorum*), giacché radicato:

- negli **statuti delle corporazioni** mercantili¹;
- nelle consuetudini e negli **usi mercantili**;
- e nella **giurisprudenza delle curie mercantili** (incaricate di dirimere i conflitti tra gli appartenenti all'arte).

Si trattava di un diritto caratterizzato da:

- **origine consuetudinaria** (molte previsioni degli stessi statuti delle corporazioni non facevano che recepire gli usi e le consuetudini mercantili) e **giurisprudenziale** (le curie mercantili contribuivano al suo affinamento e al progressivo adattamento alle esigenze della prassi mercantile)²;
- **matrice corporativa**, essendo un diritto che si formava e progrediva per opera dello stesso ceto mercantile;
- **autonomia e specialità rispetto** ai due ordinamenti generali allora in vigore: quello **romano** e quello **canonico**;
- **vocazione universale**, dovuta alla sua attitudine ad espandersi come diritto “**uniforme**”, oltre ogni confine nazionale, trovando ampi spazi di convergenza a prescindere dalla localizzazione territoriale, proprio per la sua capacità di interpretare esigenze comuni al ceto mercantile e in coerenza con la natura universale degli stessi traffici commerciali;
- impostazione **soggettiva**, essendo un diritto applicabile esclusivamente ai “mercanti”.

Per menzionare solo alcuni tra i principali “**strumenti**” a ciò finalizzati, possono rammentarsi:

- il principio di **libertà delle forme contrattuali**;

¹ Il ceto mercantile, sin dal Millecento, era riunito in “corporazioni”, chiamate anche “gilde” o “arti”, organizzate in base alla tipologia dei mestieri o delle arti e poi divise in “arti minori” e “arti maggiori” (quelle dei mercanti all'ingrosso e dei banchieri), le quali avevano un ruolo fondamentale nella vita economica e sociale delle città e i cui statuti recavano le regole di appartenenza alla corporazione e di esercizio delle diverse attività.

² Senza dimenticare il ruolo dei **notai** che, attraverso i loro formulari, contribuivano a fissare e dare forma giuridica alle stesse consuetudini e, ma solo a partire dal Cinquecento, della dottrina (i “giuristi dotti”), che iniziò a dedicare al diritto commerciale i primi tentativi di sistemazione ordinata e trattatistica (v., primo tra tutti, il noto *Tractatus de mercatura seu mercatore* di Benvenuto Stracca del 1553; e v. le prime raccolte di giurisprudenza, come quella relativa alla Rota di Genova, del 1582).

- la nascita di figure giuridiche volte al **superamento del divieto** (fissato dal diritto canonico) **del prestito ad interesse** (divieto delle “*usuræ*”, che operava a prescindere dal tasso applicato, per il fatto in sé che il prestito ad interesse era considerato contrario alla morale cristiana e che, nella sua assolutezza, avrebbe altrimenti condizionato lo sviluppo degli affari e delle attività economiche)³. In tale contesto, ad es., si inquadrava lo sviluppo della “commenda”, nata tra i mercanti arabi e poi diffusasi anche tra i mercanti italiani dopo la seconda Crociata (dalla metà del XII secolo) nella forma di una specifica “società commerciale” nella quale uno dei soci (il socio capitalista/finanziatore) conferisce il capitale e l’altro (tipicamente, il mercante) gestisce l’affare, col vantaggio che, ove l’affare fosse andato male, il socio capitalista non avrebbe rischiato nulla oltre al capitale investito;
- una più energica **tutela del credito**, mediante l’introduzione di regole radicalmente opposte a quelle vigenti nel diritto romano, che continuava ad applicarsi agli “affari civili” (ad es., il debitore non poteva ottenere dilazioni dal giudice; i debiti scaduti producevano automaticamente interessi; non era ammessa la *datio in solutum*; in caso di pluralità di obbligati si presumeva la solidarietà del vincolo);
- la nascita di **nuovi contratti**, come quello di assicurazione e quello di cambio e di specifiche forme associative per l’esercizio collettivo dell’attività economica;
- la nascita di una prima embrionale disciplina in tema di **scritture contabili**, di **ausiliari**, di **concorrenza** e di un primo **diritto della crisi**, con introduzione di una disciplina fortemente penalizzante per l’imprenditore insolvente, anche quale segnale della massima considerazione che il sistema riservava agli interessi del ceto creditorio (e quindi, indirettamente, quale incentivo alla concessione stessa del credito).

Secondo periodo (“mercantilista”).

Il secondo periodo
(mercantilista)

Tali esigenze e, con esse, la *ratio* generale ispiratrice del sistema giuscommercialistico si riproducono, affinandosi, anche nei successivi periodi in cui è tradizionalmente scandita la storia evolutiva del sistema, a partire da quello che è universalmente classificato come il secondo periodo (c.d. “**mercantilista**”) del diritto commerciale. Il suo inizio è convenzionalmente fissato nella seconda metà del secolo XVI, caratterizzato dall’**evoluzione del diritto commerciale da diritto di origine corporativa a diritto statale**, quale conseguenza di una più profonda trasformazione storica, che vede il passaggio del potere politico dalla borghesia comunale alle monarchie nazionali (gli “**Stati assoluti**”).

La prima legislazione organica in materia è ravvisabile nell’*Ordonnance du commerce* del 1673 e nell’*Ordonnance de la marine* del 1681, emanate in Francia da Luigi XIV, ad opera di Jean-Baptiste Colbert, consigliere dello stesso “Re Sole” e investito da quest’ultimo di molte tra le più alte cariche istituzionali (membro del Consiglio delle Finanze, Segretario di Stato, primo Ministro della Marina, ecc.). Il principio ispiratore è che per conquistare i mercati occorreva riscuoterne la fiducia. E la politica di espansione dei traffici era anche volta a contribuire allo sviluppo economico dello Stato, atteso che le monarchie traevano profitto dai commerci, sia per i diritti che incassavano per l’ingresso nel territorio statale dei mercanti di tutta Europa, sia perché l’accumulazione da parte dei banchieri e dei mercanti di grossi capitali favoriva il finanziamento delle grandi imprese belliche.

Dal che discese una disciplina che, diversamente dal periodo precedente, cessava di essere il prodotto di una autoregolamentazione corporativa ed assurgeva a legge imperativa.

L’iniziativa economica individuale era libera, anche se l’esercizio del commercio veniva subordinato alla concessione di un vero e proprio privilegio da parte del sovrano, così come per concessione sovrana nasceva la possibilità di conseguire la responsabilità limitata (non solo a favore dei “soci-investitori”, come nella commenda, ma di tutti i soci, inclusi i “soci-imprenditori”) nell’antecedente storico delle moderne società anonime (la “Compagnia delle Indie”). Le corporazioni venivano convertite in istituzioni ausiliarie dello Stato, esercenti, sulla scorta di una regolamentazione statale, funzioni pubblicistiche e di polizia sulle attività economiche. Venivano introdotte norme sull’obbligatorietà delle scritture contabili, sulla necessità *ad substantiam* della forma scritta e dell’iscrizione in appositi

³ Ma anche all’interno della Chiesa non mancarono riflessioni evolutive sul fondamento del divieto, una volta acquisita consapevolezza della importanza del prestito di denaro per la ricchezza e lo sviluppo dei traffici: cfr., ad es., la *Summa Theologiae* di Tommaso d’Aquino, della seconda metà del Duecento, in cui si giustificava il prestito ad interesse in uso tra i mercanti.

registri del contratto di società fra mercanti, col preciso e dichiarato scopo di evitare soci occulti e la conseguente elusione delle responsabilità penali e patrimoniali. E venivano introdotte norme speciali anche in materia “fallimentare”, miranti all’inasprimento della repressione penale della bancarotta, fino addirittura alla comminatoria della pena di morte (peraltro, a quanto risulta, mai applicata e, dunque, prevista con funzione più di deterrenza e quale segnale ai mercati e ai creditori).

Nondimeno, la legislazione statale si poneva in linea di continuità sostanziale con quella mercantile. Anche formalmente, del resto, rimanevano ampi e numerosi i rinvii alle consuetudini e agli usi mercantili.

Terzo periodo.

Il “terzo periodo” del diritto commerciale viene fatto convenzionalmente iniziare con i **movimenti liberali** e la **rivoluzione industriale** e, dunque, in connessione causale con una serie di eventi storici (con in testa la Rivoluzione francese), politici (il ritorno della borghesia al potere), economici (la prima rivoluzione industriale, cui seguì lo sviluppo della “produzione industriale di massa”), sociali (la nascita del proletariato in senso moderno) e culturali (come lo sviluppo di una prima analisi economica sistematica).

Il terzo periodo
(movimenti
liberali e
rivoluzione
industriale)

La svolta ideologica si manifestò nell’affermazione dei principi del “liberalismo politico” e del “**liberismo economico**”, con l’avvicendamento del principio della libertà d’impresa a quello del privilegio di concessione sovrana. Con le leggi d’Allarde e Le Chapelier del 1791 furono sancite la libertà d’impresa e l’abolizione delle corporazioni. Al contempo, veniva confermata – ed anzi, ulteriormente enfatizzata – l’esigenza di una disciplina che fosse funzionale alla massima valorizzazione del capitale, dei traffici e del mercato.

Le prime e più importanti espressioni del nascente liberismo si ebbero col **Code civil** (o **Code Napoléon**) del 1804, ispirato ai nuovi principi fisiocratici (fondati principalmente su liberismo e protezione della proprietà privata) e col **Code de commerce** del 1807, che peraltro, nella sostanza, riproduceva ampiamente il contenuto delle ordinanze di Luigi XIV.

Fu così liberalizzata la costituzione delle anonime, pur con l’osservanza di determinati requisiti legali, favorendo con ciò lo sviluppo e la moltiplicazione di questo tipo di società, ormai strumento privilegiato dell’industrializzazione. Emblematiche erano anche le norme che, introducendo il principio dell’autonomia delle obbligazioni cambiarie dai rapporti sottostanti, favorivano l’impiego della cambiale come strumento generale del credito e della sua mobilitazione. Anche nella disciplina della crisi dell’impresa venne accentuato il profilo di tutela del credito a scapito di quello puramente punitivo (e la repressione penale fu invero circoscritta ai casi di bancarotta). Oggetto di puntuale disciplina furono le società commerciali, con l’introduzione della distinzione tra società di persone e società di capitali, i contratti di borsa, di commissione e di trasporto, quello di compravendita commerciale (ovverosia di acquisto finalizzato alla rivendita) e quello di assicurazione (collocato nel libro dedicato al diritto privato marittimo, ma destinato a un successo ben oltre l’ambito del commercio via mare).

Allo stesso tempo, il diritto commerciale passava **da una impostazione soggettiva ad una oggettiva**. Il diritto mercantile medioevale era basato sulla figura del mercante, talché il presupposto per la sua applicazione in luogo del diritto generale romano o canonico era un presupposto soggettivo, a sua volta generalmente riferito alla iscrizione nel libro delle matricole della relativa corporazione, anche se molti statuti corporativi estendevano la giurisdizione mercantile a soggetti non immatricolati, purché esercenti l’attività in via continuativa (da cui poi il brocardo “*una mercantia non facit mercatorem, sed professio et exercitio*”). Col diritto napoleonico, il presupposto oggettivo dell’esercizio abituale di “atti di commercio” assurgeva a criterio generale di individuazione della figura stessa del “**commerciante**” (denominazione che va a sostituire quella di “mercante”), che veniva quindi inteso come **chiunque ponesse in essere professionalmente atti di commercio**.

Si poneva, tuttavia, la questione del regime applicabile, soprattutto con riguardo alla giurisdizione (se quella dei tribunali di commercio o quella dei tribunali civili), nel caso degli **atti “misti”**, ovverosia di “atti di commercio” intercorsi non tra soggetti entrambi commercianti, ma tra un commerciante e un non commerciante.

Anche nella legislazione napoleonica, come già in quella immediatamente precedente, la legge statale soppiantava quella mercantile, ma senza rimuoverla del tutto, essendo presente e rilevante il ruolo degli **usi commerciali**, cui dottrina e giurisprudenza ampiamente attingevano per colmare le numerose lacune della disciplina legale.

Per il resto, il diritto commerciale era un **diritto speciale**, rispetto al diritto civile, sia per i relativi

presupposti applicativi, sia in quanto privo di compiutezza e largamente bisognoso di integrazione con le regole generali del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Con la rivoluzione industriale degli anni successivi alcune soluzioni del *Code de commerce* furono riviste e lo stesso codice fu affiancato da una sempre più fitta **legislazione speciale**. Tra i settori maggiormente influenzati: quello fallimentare (dove si proseguì ulteriormente lungo la via dell'affievolimento dell'originaria filosofia punitiva), quello della proprietà industriale (con l'affermazione delle prime leggi di protezione delle invenzioni industriali) e quello del diritto societario (con arricchimento della disciplina delle società di capitali).

I **codici napoleonici** furono **introdotti imperativamente anche in Italia**, a partire dal 1806 (il codice civile) e dal 1808 (il codice di commercio), nei territori sottoposti alla dominazione francese. A dispetto della loro imposizione per via autoritaria, essi furono accolti con estremo favore, proprio perché i contenuti riflettevano in modo efficace le istanze della base sociale ed economica. Tant'è che, anche dopo la caduta del primo impero napoleonico e la restaurazione, i sovrani dei diversi territori liberati proseguirono lungo la strada della codificazione e attinsero a piene mani da quei codici, là dove non si scelse addirittura di mantenerli direttamente in vigore, come accadde a Genova e in Toscana.

La codificazione postunitaria in Italia.

Codificazione
postunitaria

Anche in Italia, una volta **raggiunta l'unità politica nel 1861**, si mise mano all'opera di **unificazione legislativa**, fondamentale per la costruzione di una vera unità anche economico-sociale. E lo si fece, anche qui, mediante lo strumento della "**codificazione**" e la duplicazione dei codici, affiancando al codice civile del 1865 il codice di commercio del 1882 (dopo la breve parentesi del Codice di commercio del 1865, che, tuttavia, era stata una semplice estensione all'intero territorio italiano del Codice del commercio del Regno di Sardegna).

Codice civile del
1865

Il **codice civile** si muoveva ampiamente sul solco del codice civile napoleonico, che, come detto, era stato accolto con grande favore e aveva nel frattempo anche pienamente attecchito nella cultura giuridica nostrana. Il codice di commercio richiese invece una più complessa gestazione, anche perché nel frattempo, in Francia, la materia era stata ampiamente rimaneggiata con leggi successive di riforma in uno con una ormai incalzante industrializzazione dell'economia.

Come quello francese, anche il codice civile italiano era espressione della borghesia fondiaria e della superstita nobiltà terriera, mentre il codice di commercio era espressione della borghesia commerciale e della nascente borghesia industriale. Il primo trovava il proprio fulcro nel diritto di proprietà come strumento giuridico della ricchezza immobiliare, talché la disciplina del contratto era collocata nel Libro III, significativamente rubricato "*Dei modi di acquistare o di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*", con una disciplina il cui baricentro assiologico era nella sfera giuridica del proprietario e nella protezione della sua autonomia e della effettività della sua manifestazione di volontà in una vicenda giuridica di trasmissione della proprietà. Il codice di commercio trovava invece il suo fulcro negli "atti di commercio" e nella volontà di costruire una cornice normativa che potesse favorire, appunto, lo sviluppo dei traffici e del mercato, nonché la circolazione del capitale e la concessione del credito.

Nella prospettiva **giuscivilistica**, lo stesso **contratto è un atto (occasionale) di disposizione della proprietà**; in quella **giuscommercialistica**, il contratto è lo **strumento (massivo) con cui l'impresa tipicamente opera** nei rapporti a monte e a valle.

Codice di
commercio del
1882

Con il **codice di commercio** del 1882 si realizzò, pertanto, un ammodernamento della legislazione in materia commerciale, per adeguarla alle esigenze dell'ormai incipiente "rivoluzione industriale" e favorire il passaggio da un'economia ancora prevalentemente agricola a un'economia industriale.

Erano numerose le **norme speciali volte alla creazione di condizioni favorevoli alla conclusione del contratto e, perciò, allo sviluppo degli scambi**. Così, ad es.:

- quelle sui **contratti fra assenti** (e dunque sui contratti conclusi mediante uno scambio di proposta e successiva accettazione), ignorati dal codice civile e invece disciplinati puntualmente nel codice di commercio, proprio perché corrispondenti a una modalità di conclusione del contratto tipica della pratica degli affari, con conseguente necessità di fissare regole puntuali che attribuissero certezza al tempo e al luogo di conclusione del contratto stesso;
- quelle sui **mezzi di prova**, assai più snelle e meno formalistiche rispetto alle norme del codice civile, e tra le quali, ad es., il riconoscimento del telegramma come mezzo di prova;
- la disciplina puntuale di una serie di **nuovi contratti e strumenti negoziali e cartolari** già ampiamente diffusi nella pratica degli affari;

- l'**arricchimento della disciplina societaria** e la previsione della libertà di costituzione delle società anonime, previa semplice "omologazione" giudiziaria.

Sempre nella prospettiva della tutela del credito (ancor più fattore chiave per l'espansione delle attività economiche), venivano introdotte regole opposte a quelle del codice civile. Così, ad es.:

- in materia di **solidarietà tra condebitori**, presunta per le obbligazioni commerciali e non anche per quelle civili;
- o in materia di **interessi**, per cui i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di denaro producevano interessi di pieno diritto, diversamente dai debiti civili, per i quali gli interessi non erano dovuti, se non in casi specifici e condizionatamente alla messa in mora.

E la specialità della disciplina commercialistica era enfatizzata sotto vari profili:

- dalla particolare strutturazione della **gerarchia delle fonti** del diritto commerciale, che vedeva al vertice le leggi commerciali, poi seguite dagli "usi mercantili" e solo in ultima istanza dalle leggi civili;
- dalla previsione per cui se un **atto era commerciale per una sola delle parti**, tutti i contraenti sarebbero stati soggetti alla legge commerciale;
- dal fatto che alla stessa **elencazione degli "atti di commercio" non** fu attribuito carattere **tas-sativo**, in modo tale che la materia commerciale non fosse circoscritta entro confini rigidi e potesse naturalmente adeguarsi all'evoluzione del sistema economico.

Nello stesso tempo prendevano corpo anche iniziative di carattere internazionale, come quella della Convenzione d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, del 1883, tappa ideale nella storia di quella costola del diritto commerciale che va sotto il nome di "diritto industriale" e che testimonia della necessità di un approccio internazionale alla disciplina della concorrenza e del mercato, in uno con la dimensione sempre più meta-nazionale delle singole economie e con la conseguente esigenza di protezione anche all'estero delle industrie nazionali.

Convenzioni internazionali

Il codice civile del 1942 e l'unificazione del diritto delle obbligazioni.

Durante il ventennio fascista, assieme alla rinne-gazione della libertà politica, vi fu un ritorno, anche sul piano economico, ai principi dirigistici e corporativi che pure i progetti intellettuali di marca liberista avevano mostrato di voler spazzare via definitivamente dalla storia economico-giuridica.

Il codice civile del 1942

L'intera economia privata fu posta sotto il controllo e la tutela dello Stato.

L'esercizio delle nuove industrie fu sottoposto ad autorizzazione governativa (r.d.l. 2107/1927 e poi l. 141/1933) e, in ordine di tempo, la necessità dell'autorizzazione fu estesa anche all'esercizio delle attività di vendita al pubblico di merci (1926), dei magazzini generali (1926), delle assicurazioni sulla vita e contro i danni (1923), del credito (1938), del commercio con l'estero (1926, 1939, 1940). Furono sottoposti ad autorizzazione anche l'impianto e l'ampliamento di stabilimenti industriali (1933); fu stabilito un limite all'ammontare massimo del dividendo distribuibile dalle società, con correlativo obbligo di investire il residuo in titoli di Stato (1935); furono sottoposte alla preventiva autorizzazione del Ministro per le Corporazioni, di concerto col Ministro delle finanze, le costituzioni di società con capitale sociale superiore al milione di lire, gli aumenti di capitale e le emissioni di obbligazioni di società per azioni (1935). Fu introdotta una fitta legislazione di "prezzi amministrati". Lo stesso intervento dello Stato nell'economia assunse quelle proporzioni gigantesche che lo caratterizzarono lungo tutto l'arco del secolo, ancorché la Carta del Lavoro (una sorta di Costituzione economica del regime) prevedesse che l'intervento dello Stato nell'economia («nelle forme del controllo, dell'incoraggiamento o della gestione diretta») potesse aversi «solo quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato» (dich. IX), e sebbene, già in linea di principio, l'iniziativa privata nel campo della produzione» fosse considerata come «lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della nazione» (dich. VII). Furono istituiti diversi monopoli pubblici, mediante riserve e nazionalizzazioni, nei settori della navigazione marittima, del trasporto aereo, delle ferrovie, dei servizi telegrafici, della radiodiffusione, delle poste, del servizio telefonico, delle miniere, delle acque atte all'uso pubblico, del credito, del sale, dei tabacchi, ecc.

Ma se tutto questo portava a una **contrazione del ruolo del mercato inteso come luogo della libertà d'impresa e dell'agone concorrenziale**, al contempo il **diritto commerciale continuava** a caratterizzarsi per il suo contributo allo **sviluppo del mercato inteso come luogo di perfezionamento dei traffici e degli scambi**.

Non è un caso, quindi, che il ventennio fascista si chiuda con una nuova codificazione del diritto civile e commerciale, racchiusi e unificati nel "**codice civile**" del 1942.

Il codice, pur risentendo dell'impronta ideologica del regime, si inseriva perfettamente nel solco della tradizione giuridica italiana, che veniva solo innovata e adattata alle esigenze del definitivo passaggio

da un'economia agricola a un'economia industriale, con le conseguenti trasformazioni economiche e sociali.

Sulla volontà del regime di impostare un codice fascista, i giuristi incaricati della redazione del testo riuscirono a far prevalere la necessità di non vanificare il risultato di secoli di progresso tecnico-normativo, talché i riferimenti all'ordinamento corporativo ebbero una valenza più retorica che pratica e furono espunti, senza sensibili alterazioni sostanziali, mediante la loro abrogazione in blocco in uno con la caduta del sistema corporativo, nel 1944 (oltre che con gli ulteriori aggiustamenti successivi ad opera della Corte Costituzionale).

Il contributo del diritto commerciale alla formazione di un mercato sempre più dinamico e fiorente si manifestò al suo massimo livello attraverso l'**unificazione del diritto delle obbligazioni** e la ulteriore "**commercializzazione del diritto privato**"⁴: fenomeno che se, sul piano ideologico⁵, è stato oggetto delle più diverse valutazioni, dal punto di vista politico-sociale rappresenta l'ennesimo contributo alla creazione di una cornice normativa e di un "ambiente giuridico" favorevoli allo sviluppo del processo di industrializzazione del paese.

Le norme di favore per la conclusione del contratto, per le ragioni del credito, per il contraente di buona fede, ecc., una volta estese anche ai contratti conclusi da soggetti entrambi non imprenditori⁶, lasciano intendere che l'**interesse protetto** non è, in una prospettiva individualistica, quello del "mercante" coinvolto nel singolo atto di scambio, ma quello del **sistema economico** nel suo complesso (che la Relazione al cod. civ. definisce "interesse superiore della produzione") **alla più rapida e sicura possibile circolazione dei beni**, secondo le logiche sottese alla produzione industriale di massa.

Dopo la codificazione.

Successivamente alla codificazione il diritto commerciale ha vissuto momenti di rilevante evoluzione/trasformazione, sotto molteplici profili, tra i quali possono essere rammentati:

- sul piano della **produzione normativa**:
 - una marcata frammentazione delle fonti e una progressiva perdita di centralità del codice, con una ampia diffusione di **leggi speciali** e **atti normativi secondari**;
 - un progressivo arricchimento della disciplina comunitaria e, successivamente, unionale **europea** (sotto diversi fronti, con in testa quello societario) e di quella nazionale di recepimento;
 - soprattutto nella materia del diritto industriale, una ulteriore **proliferazione di accordi internazionali** e un conseguente allineamento della disciplina nazionale;
 - lo sviluppo di una **nuova lex mercatoria**, ovvero di un diritto comune internazionale degli scambi, di fonte consuetudinaria, che si afferma mediante il costante ricorso a clausole e schemi contrattuali prevalentemente di origine anglosassone, così standardizzati da costituire modelli di riferimento non solo negli affari internazionali, ma anche in quelli di portata puramente nazionale (ad es., le clausole recanti i c.d. *covenants* nei contratti di finanziamento, il *project financing*, le garanzie nei contratti di acquisizione di aziende e partecipazioni, le clausole anti-stallo nei patti parasociali, i contratti di *joint ventures*, ecc.);

Dopo il codice
civile

⁴ L'espressione fu coniata da Georges Ripert nel 1934 ed è divenuta poi di uso corrente soprattutto tra i giuristi italiani, per alludere a quel processo storico con cui le norme del diritto commerciale progressivamente si affermano su quelle del diritto civile o prevalendo per ragioni di specialità (v. la soggezione al diritto commerciale anche degli atti "misti", ovvero sia commerciali per una sola delle parti) o influenzandone l'evoluzione. Nella accezione originaria di Ripert, l'espressione, invero, individuava un triplice fenomeno: quello del **processo evolutivo del substrato socio-economico** con la sempre più netta prevalenza di contratti commerciali sui contratti civili; quello della **evoluzione del sistema normativo**, con la crescente emanazione di norme speciali con le quali le ragioni dell'impresa prevalevano su quelle della proprietà; quello della progressiva **trasformazione dello spirito stesso del diritto civile, sotto l'influenza del diritto commerciale** e delle idee alla base di quest'ultimo.

⁵ Da una parte, fu sostenuto (Vivante) che la forza del diritto commerciale andrebbe ravvisata nella capacità con cui lo stesso aveva superato il proprio originario carattere di classe, facendosi diritto statale già col mercantilismo, per poi assurgere a sistema oggettivo (con regole, cioè, applicabili a chiunque) e divenire infine diritto comune.

Dall'altra, la commercializzazione del diritto civile è stata letta (Galgano) come definitiva subordinazione degli interessi della proprietà a quelli dell'impresa, a sua volta espressione della sconfitta delle classi fondiarie e della posizione di assoluta egemonia conquistata dalle classi capitalistiche (questa dottrina, nel contesto di una ricostruzione marxista del fenomeno, parlava infatti anche di "**capitalizzazione del diritto privato**").

⁶ Come abbiamo visto, tra le ragioni di specialità del diritto commerciale rispetto al diritto civile, originariamente, vi erano quelle in materia di solidarietà nelle obbligazioni, di produzione *ex lege* degli interessi sui debiti scaduti, la libertà delle forme contrattuali, ecc. Tutte queste regole (e tante altre ancora), col codice civile unificato, acquistavano valenza generale, così contribuendo a quella che, nel testo, abbiamo già detto essere diffusamente descritta come la "commercializzazione del diritto privato".

- lo sviluppo di norme di “*soft-law*”⁷, che in progresso di tempo vengono recepite dalla legge e/o sono investite da diversi processi di c.d. “giuridicizzazione”;
- sul piano delle tendenze di **politica legislativa**, l’emergere e l’affermarsi di nuove finalità e di nuovi interessi, come ad es.:
 - quello della tutela della **concorrenza** come assetto di mercato (sul piano strutturale e dinamico-comportamentale);
 - o quello del **consumatore**, originariamente fuori dalla disciplina commercialistica, tradizionalmente costruita sulla protezione degli interessi del ceto imprenditoriale e del credito;
 - o, da ultimo, quello dell’intera platea di *stakeholders* potenzialmente influenzati dall’esercizio dell’impresa, in uno con l’affermazione dei valori della c.d. “**sostenibilità**” (“fattori ESG”: “*Environmental, Social and Governance Sustainability*”);
 - una crescente attenzione per profili pubblicistici o di ordine pubblico, come quello relativo alla **trasparenza** nella cessione e della proprietà di aziende e partecipazioni sociali o della identificazione del c.d. “titolare effettivo” nella disciplina **antiriciclaggio**;
 - nel diritto societario, una rimodulazione delle differenze tra i diversi **tipi societari** e una progressiva **ricalibrazione degli “scalini normativi” tra società aperte o meno al mercato del capitale** e a seconda del diverso “grado di apertura” (quotate e non quotate, quotate nel mercato principale o nei mercati di crescita, ecc.), avendo riguardo alle differenti sfumature assiologiche implicate da composizione ed equilibri tra i diversi interessi in gioco.

2. L’impresa e il mercato: rapporti con i terzi a monte e a valle dell’impresa; rapidità e sicurezza dei traffici; mercato e concorrenza

Nel corso dei diversi capitoli, così come nel volume dedicato alle società, avremo modo di riscontrare nel dettaglio come si manifestino le **ragioni di specialità del diritto commerciale** e come lo stesso riesca nel suo intento di contribuire allo sviluppo dei traffici e del mercato. È qui sufficiente richiamare brevemente alcune delle considerazioni e degli esempi che saranno poi sviluppati con maggiore completezza.

Specialità e interessi nel diritto commerciale

Innanzitutto, partiamo col dire che **al centro del diritto commerciale** si pone **l’impresa**, ovvero:

- per un verso, un’attività che non si esaurisce in un singolo atto o in singoli atti isolati, ma si distingue per il carattere organizzato e professionale del suo esercizio, ovvero per la presenza di una serie di atti e fatti sistematicamente e funzionalmente tra loro coordinati nel contesto di una organizzazione a ciò appositamente preordinata;
- per altro verso, un’attività che ha valenza di “**fatto giuridico**” e che prescinde da una ricostruzione della volontà e dalle dichiarazioni di chi agisce, assumendo rilevanza in termini eminentemente oggettivi.

Pertanto:

- sotto il primo profilo, la ragione della specialità è non nella natura dei singoli atti posti in essere, quanto nel loro inserimento in un contesto dinamico ed organizzato orientato al mercato;
- sotto il secondo profilo, poi, a un sistema, come quello gius-civilistico del negozio giuridico, incentrato sul dogma della volontà, si sostituisce un sistema, come quello gius-commercialistico dell’impresa, il cui baricentro è una fattispecie dogmaticamente di natura oggettiva e fattuale: **alla prioritaria protezione della sfera soggettiva (e di volontà) dell’individuo e del suo patrimonio** (impostazione individualistica o “*antropocentrica*”) **si sostituisce così un’impostazione che attribuisce priorità** a quanto manifestamente e oggettivamente percepibile e percepito dai terzi e, dunque, attraverso un’ipotesi, dal **mercato** (impostazione oggettiva e, per così dire, “*mercato-centrica*”).

Come vedremo, è l’esercizio dell’impresa che genera l’acquisto della qualità di imprenditore e non

⁷ Ad es., codici di condotta di fonte autodisciplinare (come il “Codice di Corporate Governance” delle società quotate), norme di comportamento elaborate da ordini professionali (come le Norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dall’Ordine Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili), principi contabili nazionali e internazionali (elaborate da organismi autorevoli ed indipendenti come l’OIC-Organismo Italiano di Contabilità e lo IASB-*International Accounting Standards Board*, con funzione interpretativa e integrativa della disciplina legislativa primaria).

Rapporti a monte dell'impresa e tutela del credito

viceversa, in quanto è il fatto in sé di quell'esercizio a postulare l'applicazione di un determinato statuto normativo. E ciò vale anche per le partizioni della fattispecie e i corrispondenti statuti speciali (quello del grande imprenditore rispetto a quello del piccolo imprenditore o quello dell'imprenditore commerciale rispetto a quello dell'imprenditore agricolo). Nuovamente la ragione sta nella necessità di subordinare l'applicazione dei corrispondenti regimi normativi a presupposti che i terzi siano in grado di verificare in modo autonomo e oggettivo.

Sotto questo profilo, tra gli **interessi** protetti si stagliano in primo piano quelli dei **terzi che si collocano "a monte" dell'impresa** e che sono spesso descritti come **"interessi del credito": banche, fornitori, lavoratori, ecc.** La tutela del credito è, difatti, un incentivo (o, se si vuole, la rimozione di possibili ostacoli) alla più larga concessione del credito stesso, in un sistema economico moderno dove l'esercizio dell'impresa è largamente basato sul finanziamento esterno e il pagamento di fornitori e dipendenti è tipicamente "a termine", ovverosia posticipato rispetto alla erogazione delle rispettive prestazioni.

Rapporti a monte e a valle dell'impresa e tutela dei traffici

Ancora, di particolare immediatezza, per la comprensione delle ragioni di specialità del diritto commerciale e della *ratio* complessiva che ne ispira il sistema, sono, tra le altre, le norme in materia di pubblicità e di rappresentanza commerciale, che incidono tanto sui **rapporti "a monte"**, quanto su quelli **"a valle" dell'impresa** e che hanno di mira la **"tutela dei traffici"**.

L'esempio della rappresentanza commerciale

Come vedremo nel dettaglio nel relativo capitolo, le norme in materia di rappresentanza commerciale adottano meccanismi di imputazione e di risoluzione del conflitto tra falso rappresentato e terzo contraente molto distanti – ed anzi, per vero, capovolti – rispetto ai principi generali che reggono la disciplina civilistica del *falsus procurator* di cui agli artt. 1398-1399 c.c. Mentre questi ultimi appaiono ancorati al dogma della volontà e dell'autonomia privata, facendo ricadere sul terzo contraente i rischi connessi allo svolgimento di un'attività negoziale non autorizzata, i primi fanno leva sulla tutela dell'affidamento dei terzi e sulla sopportazione della responsabilità da parte di chi, nello svolgimento di un'attività, ha introdotto un nuovo rischio nel traffico giuridico.

In una prospettiva puramente soggettiva e antropocentrica, non si comprenderebbe per quale ragione nella rappresentanza civile si privilegi la tutela del soggetto falsamente rappresentato e nella rappresentanza commerciale si cerchi un maggior temperamento con la tutela del terzo contraente. I soggetti coinvolti nel conflitto sono, in una prospettiva individualistica, sempre gli stessi: il soggetto falsamente rappresentato, il *falsus procurator* e il terzo; e premesso che l'unico soggetto non meritevole di tutela è il *falsus procurator*, non si capirebbe la ragione per cui la composizione del conflitto tra rappresentato e terzo debba risolversi diversamente a seconda che si tratti di rappresentanza civile o commerciale. Per contro, la ragione si spiega agevolmente **ove si abbandoni la prospettiva individualistica e si guardi alla prospettiva dell'impresa e del mercato**. In tale ordine di idee, difatti, l'esigenza di adottare un regime d'eccezione con riferimento alla disciplina dedicata alla rappresentanza commerciale si ricollega alla necessità di **ribaltare, in materia d'impresa commerciale, l'ordine di priorità** con cui l'ordinamento persegue gli obiettivi della **"sicurezza dei traffici"** e della **"sicurezza dei diritti soggettivi"**.

L'obiettivo è, nuovamente, di tutelare quello che con ormai consueta ipostasi viene definito come l'**"interesse del mercato"**, **ovverosia l'interesse generale alla sicurezza e alla rapidità degli affari**, con la finalità ultima di **promuovere condizioni legali di favore per lo sviluppo delle attività d'impresa**.

L'esempio della pubblicità commerciale

Ragionamento analogo vale, in generale, per la disciplina della **pubblicità commerciale**. Il funzionamento efficiente del mercato esige la massima possibile certezza nelle relazioni d'affari. E la pubblicità assicura condizioni di "certezza giuridica" grazie al fatto che ciò che è iscritto diviene oggetto di una presunzione assoluta di conoscenza da parte dei terzi (certezza, nell'interesse dell'imprenditore iscrivente, di poter opporre ai terzi atti e fatti che lo riguardano, a fronte della agevole possibilità per i terzi di accedere a quelle informazioni mediante la consultazione di un registro pubblico e di costante e immediata accessibilità) e ciò che non viene iscritto diviene oggetto di una presunzione relativa di non conoscenza da parte dei terzi (certezza, nell'interesse dei terzi, che l'imprenditore con cui trattano non potrà opporre loro atti o fatti di cui non fossero a conoscenza e che non siano stati loro resi conoscibili mediante il registro).

L'esempio della stabilità degli atti societari

Nel volume sulle società, poi, avremo modo di verificare come un interesse protetto dal sistema sia anche quello alla c.d. **"stabilità degli atti societari"**, che trova il suo apice nella disciplina delle invalidità degli atti delle società di capitali. Vedremo, ad es., che viene disciplinata la c.d. "nullità della società", ma in termini radicalmente antitetici a quelle che sono le caratteristiche proprie della nullità

civilistica, dalla imprescrittibilità, alla non sanabilità, alla portata meramente dichiarativa (e, dunque, retroattiva) delle pronunce che l'accertano. Vedremo, ancora, che anche il regime della invalidità delle deliberazioni assembleari, pur riproducendo la dicotomia nullità/annullabilità propria delle patologie del negozio giuridico e, in particolare, del contratto, ne capovolge l'assetto e l'articolazione, con l'annullabilità a fungere da disciplina generale e la nullità relegata ad ipotesi estreme e residuali. Anche la stabilità degli atti societari, naturalmente, si spiega con l'interesse alla massima certezza delle relazioni di mercato: una volta che una società è nata e ha iniziato a funzionare o una volta che una deliberazione è stata adottata ed eseguita, si privilegia l'interesse alla conservazione degli atti posti in essere. Ma questi sono solo alcuni esempi, tra i più significativi, di come questa branca del diritto abbia di mira, tra gli obiettivi principali, quello della certezza dei rapporti di mercato, in funzione del più efficiente funzionamento del mercato stesso e quale incentivo (o rimozione di possibili ostacoli) al massimo sviluppo dei traffici e alla rapidità delle contrattazioni. E ciò con soluzioni che spesso si distaccano da quelle del diritto civile in ragione del **diverso "referente socioeconomico"**: una differenza del referente socioeconomico che, secondo la migliore dottrina, potrebbe finanche legittimare interpretazioni differenziate di norme pur riferite a figure generali come il contratto, l'illecito civile, ecc.

Come anticipato nel precedente paragrafo, il diritto commerciale non si limita alla tutela di questi interessi e, anzi, soprattutto negli ultimi decenni ha visto progressivamente emergere ed affermarsi anche interessi diversi, che contribuiscono alla formazione di nuovi equilibri assiologici.

Ma di tutto ciò avremo evidenza nel corso dell'esposizione.

Altri interessi:
rinvio

3. Oggetto del diritto commerciale ed articolazione della materia

Il diritto commerciale è, dunque, il diritto dell'impresa, in tutte le sue sfaccettature.

Innanzitutto occorrerà quindi studiare che **cosa sia un'impresa** e in cosa si differenzi da fenomeni con essa confinanti (ad es., le professioni intellettuali o il lavoro autonomo) e quando un'impresa possa dirsi iniziata o terminata. In termini strettamente connessi (non essendo che due facce della medesima medaglia), occorre studiare **chi è l'imprenditore**, quali possono essere le diverse vicende che possono incidere sull'acquisto della relativa qualità e quali le sue possibili declinazioni soggettive. Impresa e imprenditore, naturalmente, sono figure giuridiche individuate in quanto fattispecie e centro di imputazione di corrispondenti **"statuti normativi"**, a loro volta differenziati in base a criteri diversi. Buona parte del diritto commerciale, difatti, è dedicata alla individuazione delle diverse sottofigure (piccolo e grande imprenditore, imprenditore agricolo e commerciale, ecc.) e alla delineazione delle corrispondenti discipline, fermo un nucleo generale, comune a tutti e che descriviamo come lo "statuto generale dell'imprenditore".

In particolare, dovremo quindi occuparci del registro delle imprese, della rappresentanza commerciale, delle scritture contabili e, ma solo per cenni, della disciplina di prevenzione e di risoluzione delle situazioni di crisi e di insolvenza.

Ma l'impresa è disciplinata anche con riguardo agli **strumenti tipici con cui avviene il suo esercizio**. Sicché il diritto commerciale si occupa dell'azienda e del suo trasferimento, dei segni distintivi (segni distintivi dell'impresa stessa, dei suoi prodotti o servizi e dei locali in cui essa viene svolta), nonché dei risultati dell'attività inventiva (la c.d. "proprietà industriale" e i relativi diritti di esclusiva) e creativa (la c.d. "proprietà intellettuale" e il "diritto d'autore").

Le imprese operano sul mercato e il mercato è anche **concorrenza** tra imprenditori, sicché una parte integrante e qualificante del diritto commerciale è proprio quella dedicata alle regole di reciproca correttezza con cui il gioco della concorrenza deve svolgersi (disciplina della c.d. "concorrenza sleale") e alla tutela della concorrenza come assetto strutturale del mercato e come dinamica comportamentale nel mercato stesso (disciplina c.d. "*antitrust*"). Al diritto commerciale rimane estranea la disciplina della tutela del consumatore e dei rapporti tra imprese e consumatori, se non nella specifica prospettiva delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole, le quali, a loro volta, possono presentare punti di contatto e di possibile sovrapposizione con la disciplina stessa della concorrenza sleale.

Infine, le imprese entrano spesso in **rapporti di reciproca collaborazione**, in forme diverse, tipiche (come consorzi, GEIE, RTI-ATI) e atipiche (le varie forme di c.d. "*joint ventures*"), che del pari sono quindi oggetto di attenzione del diritto commerciale.

L'impresa come
fulcro del diritto
commerciale
L'impresa e
l'imprenditore

Gli statuti
normativi

Gli "strumenti"
nell'esercizio
dell'impresa

La concorrenza tra
imprese

La collaborazione
tra imprese

Le società

Grossa parte del diritto commerciale è poi dedicata alle **società**, in quanto esse costituiscono gli strumenti più diffusi ed efficaci per l'esercizio in forma collettiva (ma non necessariamente, essendovi anche società unipersonali) di attività economiche. Ma a questa parte è dedicato un separato volume.

MAPPA CONCETTUALE

Origine ed evoluzione storica del diritto commerciale

- *Primo periodo (nascita del diritto commerciale)*
 - medioevo
 - diritto romano e nascente diritto commerciale
 - interessi protetti
 - *ius mercatorum*
 - fonti
 - statuti delle corporazioni
 - usi mercantili
 - giurisprudenza delle curie mercantili
 - caratteristiche
 - origine consuetudinaria e giurisprudenziale
 - matrice corporativa
 - autonomia e specialità
 - vocazione universale
 - impostazione soggettiva
 - strumenti
 - libertà delle forme contrattuali
 - superamento del divieto del prestito ad interesse
 - tutela del credito
 - la nascita di nuovi contratti
 - prima disciplina in tema di scritture contabili, ausiliari, concorrenza e diritto della crisi
- *Secondo periodo ("mercantilista")*
 - Stati assoluti e diritto commerciale come diritto statale
 - le ordinanze del commercio e della marina del Re Sole
 - gli strumenti
 - la permanenza di rinvii a consuetudini e usi mercantili
- *Terzo periodo*
 - movimenti liberali e rivoluzione industriale
 - liberismo economico e ricadute
 - *Code civil* e *Code du commerce* napoleonici
 - strumenti e principi
 - passaggio a una impostazione oggettiva
 - la questione degli atti misti
 - ruolo degli usi commerciali
 - specialità del diritto commerciale rispetto al diritto civile
 - riforme successive
 - introduzione dei codici napoleonici anche in Italia
- *La codificazione postunitaria in Italia*
 - codice civile del 1865 e codice di commercio del 1882
 - codice civile e codice napoleonico
 - linee di continuità
 - principi ispiratori di fondo
 - interessi protetti
 - contratto e proprietà
 - codice di commercio
 - principi ispiratori di fondo
 - strumenti
 - enfaticizzazione della specialità del diritto commerciale
 - convenzioni internazionali
- *La codificazione del 1942*
 - fascismo, principi dirigistici e corporativi
 - codice civile del 1942
 - linea di continuità con la tradizione giuridica giuscommercialistica
 - unificazione del diritto delle obbligazioni
 - "commercializzazione del diritto privato"
 - interessi protetti
 - mercato e rapida e sicura circolazione dei beni
- *Dopo la codificazione*
 - produzione normativa

- frammentazione delle fonti
- disciplina europea
- accordi internazionali
- nuova *lex mercatoria* e diritto comune dei traffici internazionali
- *soft law*
- politica legislativa
 - nuove finalità e nuovi interessi protetti
 - concorrenza
 - consumatore
 - ESG
 - trasparenza e antiriciclaggio
- diritto societario
 - accentuazione differenze tra tipi societari
 - scalini normativi società chiuse, aperte e quotate

L'impresa e il mercato

- specialità e interessi del diritto commerciale
- sviluppo dei traffici e del mercato
- l'impresa al centro del diritto commerciale
 - impresa come attività
 - impresa come fatto giuridico
- dalla impostazione individualistica o “*antropocentrica*” a quella “*mercato-centrica*”
- interessi dei terzi “a monte” dell'impresa e tutela del credito
- tutela dei traffici a monte e a valle dell'impresa
- alcuni esempi
 - rappresentanza commerciale
 - pubblicità commerciale
 - stabilità degli atti societari
- il diverso referente socioeconomico rispetto al diritto civile

Oggetto del diritto commerciale e articolazione della materia

- l'impresa come fulcro del diritto commerciale
- impresa e imprenditore
- statuti normativi
- strumenti nell'esercizio dell'impresa
- concorrenza
- rapporti di collaborazione tra imprese
- società

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer