
Lecture

Passato e presente del diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti *

Past and present of commercial law. About three recent books

Mario Libertini **

ABSTRACT:

Dopo l'ampia recensione di tre libri recenti, che trattano diversi profili di storia del diritto commerciale, l'autore formula alcune riflessioni sullo "stato dell'arte" in materia. Egli sostiene che lo studio degli istituti giuridici commercialistici dovrebbe essere programmaticamente integrato nella storia dell'impresa capitalistica e dell'affermazione ed evoluzione dell'economia di mercato. Punto cruciale di questa storia è comunque che il diritto commerciale è vissuto per secoli senza una dottrina giuridica propria e senza essere riconosciuto come disciplina accademica. Il punto di svolta si ha nel XIX secolo, quando si percepisce l'anacronismo di non comprendere, come momento essenziale degli studi giuridici, lo studio degli istituti dell'economia di mercato capitalistica. Il diritto commerciale viene così cooptato a livello accademico e, con ciò, sorge rapidamente una generazione di cultori di questa disciplina che si pone un ambizioso programma di modernizzazione degli studi giuridici e dei codici. Secondo l'autore, questo programma non si è pienamente realizzato ed oggi la disciplina, che dovrebbe essere denominata "diritto delle imprese e dei mercati" appare priva di una sicura unità sistematica e tendenzialmente articolata in diversi filoni specialistici.

Parole chiave: storia del diritto commerciale

After an extensive review of three recent books, which deal with different profiles of the history of commercial law, the author makes a few comments on the "state of the art" in this subject. He argues that the study of commercial legal institutions should be programmatically integrated into the history of the capitalist enterprise and the affirmation and evolution of the market economy. A crucial point of this story is however that commercial law has lived for centuries without its own legal doctrine and without being recognized as an academic discipline. The turning point came in the nineteenth century, when we perceive the anachronism of not understanding, as an essential moment of legal studies, the

* Questo scritto è destinato ai *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Si ringrazia la direzione dei *Quaderni* per averne consentito la ripubblicazione in questa rivista.

** Professore emerito della Sapienza Università di Roma; e-mail: mlibertini@liblex.it.

study of the institutions of the capitalist market economy. Commercial law is thus co-opted at an academic level and, with this, a generation of enthusiasts of this discipline quickly arises, setting an ambitious program for the modernization of legal studies and codes. According to the author, this program has not been fully implemented and today the discipline, which should be called “business and market law”, appears to lack a sure systematic unity and tends to be divided into different specialist areas.

Keywords: *history of commercial law*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La *Historia del derecho mercantil* di Carlos Petit. – 3. *La modernización del derecho mercantil*, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo. – 4. “Non più satellite”. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di Italo Birocchi. – 5. Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell’arte.

1. Premessa.

Questo commento nasce dalla lettura di tre libri recenti, diversi per impostazione ma accomunati dall’interesse verso la storia del diritto commerciale, inteso sia come insieme di norme destinate alla disciplina delle imprese e dei mercati sia come disciplina accademica¹.

I tre libri di cui si discute esaminano la materia da tre prospettive diverse: il libro di Petit contiene un’ampia trattazione della storia del diritto commerciale, nei due aspetti sopra indicati, dal Medio Evo a fine Ottocento; il volume collettaneo commemorativo del 150° anniversario del codice di commercio cileno contiene una riflessione comparatistica, di ampio raggio, sull’evoluzione (soprattutto, ma non solo legislativa) del diritto commerciale, con particolare riguardo ai secoli XIX e XX; il volume curato da Birocchi è incentrato su un’esperienza culturale prettamente italiana, che è quella della formazione, negli ultimi decenni del sec. XIX, di un orientamento dottrinale volto a rivendicare l’autonomia scientifica della disciplina, emancipandola da una posizione “satellitare” rispetto al diritto civile.

L’intreccio delle riflessioni provenienti da queste tre diverse angolature

¹ C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016; *La modernización del derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, J. Alcalde Silva, J.M. Embid Irujo (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2018; “Non più satellite”. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019.

consente di compiere passi avanti nella comprensione della vicenda della nascita ed evoluzione della disciplina del diritto commerciale ed anche di formulare qualche riflessione più matura sull'attuale stato della stessa.

Prima di giungere alle conclusioni, è però opportuno dare conto brevemente dei temi trattati in ciascuno dei tre volumi.

2. *La Historia del derecho mercantil di Carlos Petit.*

Il libro di Carlos Petit, che ha già suscitato commenti e apprezzamenti anche in Italia², si presenta, nel titolo, come una storia “classica” del diritto commerciale, cioè come espressione di un genere letterario il cui modello è stato disegnato dalla *Universalgeschichte* di Levin Goldschmidt (1864). In realtà, il “genere” è declinato da P. in modo originale: anzitutto si tratta di una storia incentrata (anche se non esclusivamente) sull'esperienza spagnola (scelta di grande interesse, se si considera che, per alcuni dei secoli trattati, la Spagna era forse la maggiore potenza economica mondiale); in secondo luogo, l'esposizione di P. non vuol presentare una storia lineare, ma rappresenta vividamente, in una serie di capitoli monografici, momenti cruciali di evoluzione della disciplina, con l'intento di metterne in luce elementi di continuità e, soprattutto, di discontinuità.

2.1. La prima parte del libro contiene una brillante rappresentazione della cultura dei mercanti all'epoca dell'*Ancien Régime*; questa parte è costruita sull'esame di diversi “libri di commercio” italiani, francesi, inglesi, spagnoli, ma anche di epistolari privati di commercianti. Da queste fonti si evince che lo *ius mercatorum* era espressione di una cultura propria del ceto mercantile, comune in tutta l'Europa cristiana; quindi di un contesto culturale molto diverso da quello che, secoli dopo, diede vita al “diritto mercantile”. Lo *ius mercatorum* si inseriva in una visione di ordine naturale delle cose, in un contesto culturale che non separava il diritto dall'etica e dalla religione cristiana. Giu-

²V., in particolare, F. MIGLIORINO, *Storie d'arte e di carte. La tavola messicana della “Virgen del Carmen” di un mercante e la biblioteca di un codificatore dell'età liberale (A proposito di Carlos Petit, Historia del derecho mercantil)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2017, 995 ss.; nonché A. MONTI, *La prospettiva storica nel diritto commerciale. Osservazioni a margine di un incontro di studio*, in *Riv. soc.*, 2019, 881 ss., che dà conto non solo del libro di Petit, ma anche delle recensioni ad esso dedicate in vari Paesi, nonché della discussione sull'opera svoltasi nel seminario milanese richiamato nel titolo (recensioni e discussioni molto elogiative). Lo scritto di Migliorino sottolinea altresì, particolarmente, la permanente attualità dell'attenzione della dottrina giuscommercialistica verso i profili storici della disciplina.

snaturalismo e carattere universale della *lex mercatoria* accompagnano dunque il diritto commerciale delle origini (e, potrebbe dirsi, hanno fornito radici, mai completamente recise, alla storia successiva della disciplina).

In quel contesto la consuetudine mercantile era *ius proprium*, contrapposto allo *ius commune* romano-canonico ma anche al diritto regio, “comune” anch’esso in tutto il territorio del Regno. In questo assetto consuetudinario, un peso centrale era dato al processo mercantile, concepito come rito informale e di equità, caratterizzato dal rifiuto della *justicia letrada*. Sul piano sostanziale, un peso centrale era attribuito alla *amistad mercantil*, cioè alla solidarietà e lealtà corporativa, come principio ordinante posto al di sopra delle regole giuridiche vere e proprie (particolarmente interessante la sottolineatura di questo fondamento etico solidaristico, di fiducia reciproca interna al ceto mercantile, come base delle regole della circolazione cambiaria). In tale contesto il ricorso ai tribunali, ancorché corporativi, appariva, in linea di principio, disdicevole. L’idea dominante era che le controversie andassero risolte mediante formule flessibili e compromessi.

Questa cultura dello *ius mercatorum* – ordinata, religiosa, corporativa, ancora estranea alla formazione universitaria – vedeva la società commerciale come una versione mercantile del governo domestico (significativo anche l’uso plurisecolare del termine “casa di commercio”). P. sviluppa in modo brillante una tesi già nota, secondo la quale quella che oggi chiamiamo impresa familiare costituisce l’archetipo della società (compagnia) mercantile, anche per ciò che riguarda il ruolo del capo – *pater familias* (ancora nelle Ordinanze di Bilbao del 1737 l’accomandita era peraltro la forma tipica principale di società commerciali). L’*intuitus personarum* rispondeva ad una logica familiare. Il termine *affectio (societatis)* esprimeva in modo appropriato il vincolo fra soci, piuttosto che il termine *consensus*, proprio degli scambi contrattuali.

Negli scritti mercantili dell’epoca si esprime anche una tensione fra la cultura del commercio e quella nobiliare (con un’attestazione di superiorità morale della prima, di contro all’altra, fondata sulla percezione di rendite, con le relative inclinazioni dissipatorie).

Un altro aspetto peculiare della cultura dei mercanti era costituito dal fatto che la loro era comunque una professione “colta” (che non poteva fare a meno della scrittura, dei numeri e delle lettere), anche se il patrimonio di cultura professionale di base era allora acquisito, dagli esponenti del ceto, al di fuori dei circuiti educativi universitari.

2.2. La seconda parte del libro di Petit è tesa a dimostrare come la cultura dello *ius mercatorum* si mantenne a lungo per la solidità di alcune strutture giuridiche, che erano state concepite in un contesto in cui il diritto era ancora

un fenomeno non statale. Da questa seconda parte in poi, l'indagine si basa quasi esclusivamente su fonti spagnole.

Una struttura normativa fondamentale era costituita dalla condanna dell'usura, e in genere dello scambio di una cosa per un corrispettivo superiore al giusto prezzo. Si affermava però progressivamente l'idea della compatibilità con il divieto delle usure di un equo interesse nelle negoziazioni mercantili.

Un'altra struttura fondamentale era la corporazione d'arti e mestieri. L'appartenenza alla corporazione era un inquadramento necessario per l'esistenza stessa della figura sociale del mercante. È interessante qui la descrizione della rivitalizzazione delle corporazioni, in Spagna, in piena età moderna (XV e XVI sec.), e proprio per impulso della monarchia nazionale, che nel frattempo si affermava. Fenomeno che, apparentemente, è in controtendenza con la narrazione corrente, che descrive l'affermarsi dello Stato moderno, nello stesso arco temporale, come causa del progressivo declino delle corporazioni.

Aspetto centrale dell'ordinamento corporativo era la costanza del privilegio di una giurisdizione speciale per gli affari dei mercanti³. Il giudice mercantile non era certo un "servo della legge", ma piuttosto un interprete autonomo dell'equità, cioè di una ritenuta essenza normativa insita nella natura delle cose. Il foro mercantile consentiva procedure molto rapide e tendenzialmente orali, svolte senza ausilio di difesa tecnica e concluse con ordinanze sintetiche. Il processo di inserimento di giuristi di professione nei collegi consolari, a cominciare dalle cause di appello, si affermò lentamente.

Questa parte della trattazione si arricchisce di descrizioni analitiche della storia di alcune istituzioni (amministrative e giudiziarie insieme), che svolsero un ruolo centrale nei secoli di maggior successo del dominio coloniale spagnolo. Tale la *Casa de la Contratación de Indias* di Siviglia (1503-1790) e il *Consulado y Casa de la Contratación* di Bilbao, istituito nel 1511 e destinato ad avere un ruolo centrale per la pubblicazione delle *Ordenanzas de Bilbao* (1737), che svolsero, in pratica, la funzione di prima codificazione del diritto commerciale per la Spagna e le colonie (e, come tali, sono ampiamente descritte nel libro), fino all'emanazione del codice di commercio statale nel 1829.

2.3. La terza parte del volume illustra le iniziative svolte dalla Corona spagnola nell'ambito della politica mercantilista dei secoli XVII e XVIII.

³ Il libro di Petit insiste felicemente sul punto. Malgrado ciò, è probabilmente ancora attuale il giudizio di A. CARACAUSI, *Procedure di giustizia in età moderna: i tribunali corporativi*, in *Studi storici*, 2008, 323 ss., secondo cui "la pratica giudiziaria adottata nei tribunali commerciali rimane ancora nell'ombra ... [e] gli studi inerenti la procedura ivi applicata sono pressoché inesistenti".

In questo periodo alle società, modellate sull'esempio delle imprese familiari, si affiancano "reali compagnie" create dal governo centrale: veri e propri enti morali, governati sulla base degli atti fondativi. La trattazione di P. si svolge con dettaglio filologico, illustrando la varietà di regole applicate a queste nuove figure. In particolare, l'affermazione della responsabilità limitata si ebbe solo sotto l'influenza francese, nell'Ottocento (ancora nel 1843 una decisione governativa negava il beneficio della responsabilità limitata ad una s.p.a. di nuova costituzione, perché la stessa risultava avere uno scopo puramente speculativo).

Nel corso del XVII e del XVIII secolo si attua inoltre un movimento di sostituzione delle tradizionali corporazioni con nuove entità associative (consolati): sorta di camere di commercio, costituite nelle sedi di maggiore importanza commerciale e poste sotto il controllo della Corona. In esse si attua anche un'evoluzione della giurisdizione mercantile, con l'inserimento di "assessori" di formazione giuridica (ma ancora con un processo informale).

Lo spirito mercantilista si manifesta pienamente con la costituzione del Banco de San Carlos, società per azioni a controllo pubblico con finalità di raccolta di capitali (non di depositi) e di esercizio del credito. La storia di questo istituto è analizzata in modo dettagliato.

Questa parte del libro si conclude con un capitolo (XI), un po' eterogeneo rispetto ai precedenti, perché volto a illustrare non tanto le iniziative mercantili del Regno, ma un fenomeno di mercato di dimensione europea; cioè il fatto che, negli stessi secoli XVII e XVIII, si realizza il massimo impiego della circolazione di effetti cambiari, anche al di fuori delle negoziazioni mercantili. La narrazione accompagna il progressivo affermarsi delle regole di protezione della circolazione cambiaria, a cominciare dal fatto che, tra la fine del XVI secolo e l'inizio del successivo, si era affermata con varie fonti, in tutta Europa, la regola per cui i giranti rispondevano personalmente nei confronti del portatore del titolo. Anche se ricco di riferimenti tecnico-giuridici, si tratta comunque di un capitolo che, come la prima parte del libro, è brillante nell'impiego di fonti letterarie e cronachistiche (con l'illustrazione di disavventure in cui incorsero, per aver girato cambiali, Giacomo Casanova e Lorenzo Da Ponte).

2.4. La quarta, e ultima (nonché più lunga) parte del volume è destinata alla formazione del moderno diritto commerciale in Spagna.

Con il XIX sec. l'antico *ius mercatorum* cede il passo al diritto commerciale contemporaneo, inteso come insieme di norme speciali nell'ambito dell'unitario ordinamento statale.

Questo passaggio viene illustrato, in primo luogo, sul piano costituzionale. La carta costituzionale americana (1787), e poi quelle francesi (1791-3), ave-

vano sancito la libertà di commercio. Il principio fu importato in Spagna nella carta costituzionale napoleonica di Bayona (1809) e in quella monarchica successiva (Cadiz, 1812). Ma, a differenza della Francia, non furono abolite formalmente corporazioni e giustizia consolare. Dopo la parentesi della Restaurazione, la libertà di commercio fu ripristinata nel 1836.

In quel momento il diritto commerciale spagnolo aveva già una solida tradizione normativa, sancita dalle Ordinanze di Bilbao, e questa trasmigrò nel nuovo ordine. Per questo aspetto P. ridimensiona l'idea – a suo tempo accreditata, per esempio, da Galgano – di una *lex mercatoria* spontanea, che, a un certo punto della storia, viene assorbita e sostituita dall'ordinamento statale con le sue fonti rigide. L'organizzazione corporativa e la giurisdizione speciale furono infatti mantenute per parecchio tempo, pur essendo difficilmente compatibili con l'affermata unità dell'ordinamento.

In questo clima maturò rapidamente il codice di commercio spagnolo del 1829, facilitato dal fatto che il diritto commerciale godeva già di una sua forte tradizione tecnico-normativa in Spagna e che, per altro verso, era a tutti presente il modello del *code de commerce* francese del 1807. Il progetto di codice di commercio spagnolo fu commissionato, con decreto reale, a Pedro Sainz de Andino, dipinto da P. come giurista mediocre e personaggio opportunista (numerosissime pagine sono però dedicate a descriverne la formazione culturale e la biblioteca). Il codice fu oggetto di parecchi giudizi elogiativi, in patria e all'estero (fra l'altro, ebbe i complimenti di Pardessus); ma ciò, secondo P., più per il fatto stesso della sua esistenza che per meriti intrinseci.

Ben presto, poi, il codice cominciò ad essere criticato, in primo luogo per il compromesso fra libertà di commercio e mantenimento di tradizionali privilegi. Inoltre, il codice era viziato da arcaismo: conteneva disposizioni troppo minute sul traffico marittimo, ma ignorava istituti più moderni, come la negoziazione di borsa o le privative industriali. Altri istituti erano disciplinati in modo antiquato, come la cambiale (per la quale rimaneva il requisito della *distantia loci*) o l'assicurazione (limitata a poche figure speciali). La stessa acquisizione della qualità di commerciante dipendeva ancora dall'iscrizione nella matricola.

Per certi versi il Codice compieva anche scelte originali. Sul piano delle fonti, non attribuiva peso all'uso commerciale. Nella disciplina della società anonima non erano previste azioni al portatore e non era richiesta l'autorizzazione governativa per la costituzione, ma solo l'omologazione degli statuti da parte del Tribunale di Commercio. Nel 1848, con legge speciale, fu introdotta tardivamente l'autorizzazione governativa per la costituzione di s.p.a. (con la motivazione di volersi adeguare al regime allora vigente negli altri paesi euro-

pei; regime che però, proprio in quel tempo, cominciava ad essere soggetto a forti critiche, che nei decenni successivi portarono alla sua abrogazione).

Nel 1855 fu emanato il Codice di procedura civile spagnolo. La questione del mantenimento della giurisdizione mercantile speciale fu tra le più dibattute (come del resto avveniva in altre parti d'Europa). Anche in Spagna appariva anacronistico un foro privilegiato dei commercianti. Fu imposta dunque la presenza, in ogni collegio giudicante, di un giurista di professione, fino a che si giunse all'abolizione definitiva dei tribunali di commercio nel 1868 (vent'anni prima che in Italia).

Con l'abolizione dei tribunali di commercio, anche la giustizia mercantile entrava nell'ambito del monopolio dei giuristi di professione. Si compiva così il passaggio dallo *ius mercatorum* al diritto mercantile statale e questo veniva cooptato fra le discipline giuridiche insegnate nelle Università (anch'esse divenute, nel frattempo, statali).

L'ultimo capitolo del libro di P. è dedicato proprio ad una descrizione, analitica ma vivace, dei primi manuali spagnoli di diritto commerciale ottocenteschi (con particolare attenzione a quello di Edoardo Soler⁴) e dei primi procedimenti di assegnazione di cattedre universitarie di diritto commerciale, che andarono a giuristi già esperti in altre materie, che alla nuova disciplina si avvicinavano con approccio legalista, ma anche con una crescente attenzione verso le dottrine straniere, fra cui, in posizione di evidenza, quella italiana (in quei primi concorsi il candidato doveva produrre, come titoli, la conoscenza di una serie di opere riguardanti la disciplina da insegnare).

3. La modernización del derecho mercantil, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo.

Il volume cileno sulla *Modernización del derecho mercantil* si fa apprezzare, anzitutto, per l'ampiezza del suo programma, che è quello di una ricerca comparatistica a 360° sull'evoluzione del diritto commerciale. La trattazione, pur non mancando di riferimenti alla storia precedente del diritto commerciale, è principalmente rivolta alla storia contemporanea della materia. In questo

⁴ Il tema è stato oggetto di approfondimento in C. PETIT, *Egoismo e diritto commerciale. Testi e contesti del Manual di Edoardo Soler (1882)*, in "Non più satellite" (nt. 1), 359 ss. P. nota ed apprezza, nel manuale di Soler, "un approccio che non si fermava alle fonti, giacché Soler rimproverava agli autori che lo avevano preceduto la prospettiva legalista, l'indifferenza di fronte alle questioni teoriche, l'omissione degli usi di commercio, l'oblio della bibliografia specializzata e della giurisprudenza dei tribunali".

senso va intesa l'espressione *Modernización*, che esprime un programma di ricerca sul "presente come storia" del diritto commerciale.

Ne è venuto un volume collettaneo, frutto del lavoro di 32 autori (14 dei quali docenti in università cilene). L'intento di onorare l'anniversario del codice di commercio cileno è stato dunque perseguito nel migliore dei modi, con il duplice messaggio di collocare quel codice in un processo mondiale di affermazione della disciplina nel XIX secolo ed insieme di storicizzarne carattere e ruolo, come testo formalmente sopravvissuto in un contesto, sempre mondiale, di continua e profonda evoluzione.

Naturalmente, in un volume collettaneo di questa portata, non poteva mancare qualche squilibrio. Così, alcuni (pochi) contributi nazionali si riducono a semplici sintesi della disciplina legale relativa. Qualche contributo è poi eccentrico rispetto alla linea generale del volume (per esempio, un lungo e minuzioso – e pur interessante – saggio sul progetto di legge-modello per la società per azioni semplificata nell'America Latina). Ciò non sminuisce, tuttavia, il merito dell'opera, che fornisce un ampio quadro, che oggi non sembra trovare paragonabili riscontri, a livello comparatistico. Si tratta di un'opera che, dunque, va a sicuro merito dell'Università cilena⁵.

3.1. La prima parte del volume è volta ad inquadrare il codice di commercio cileno, nella sua origine storica e nella sua attuale vigenza, nel quadro complessivo dell'evoluzione del diritto commerciale.

Il capitolo inizia con una sintesi generale della storia della disciplina, dal Medio Evo alle codificazioni ottocentesche (Perona Tomás) e con un saggio sui principi cardinali dei codici di commercio (Carvajal Arenas), invero riduttivamente individuati nell'autonomia della volontà e nella buona fede.

Prosegue poi con un interessante saggio (Zuloaga Ríos) sulle tendenze generali (a livello mondiale) della legislazione mercantile, ove si segnala come prevalente la tendenza all'armonizzazione sovranazionale (con strumenti di *hard* o di *soft law*), ma si riconosce anche una vivace tendenza alla codificazione o ricodificazione della materia. Da questo punto di vista l'alternativa fra codice unico civile/commerciale e codice separato si divide il campo, senza presentare però riflessi precisi di differenziazione, sul piano delle discipline sostanziali dettate.

⁵ Qui può ricordarsi che la storiografia giuridica cilena ha un'elevata reputazione ed ha espresso opere importanti, come la monumentale *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* di A. GUZMÁN BRITO (2006), che, tuttavia, non risulta particolarmente valorizzata nei saggi raccolti nel volume in commento.

Devo questa segnalazione alla cortesia del prof. G.B. Portale.

Questa prima parte si conclude con un capitolo sui contributi Uncitral all'armonizzazione internazionale del diritto commerciale e con un contributo (Bercovitz Rodríguez-Cano) sui lavori in corso per la ricodificazione del diritto commerciale in Spagna, che dovrebbe essere incentrata sullo statuto dell'imprenditore e sulle regole di funzionamento dei mercati. Interessanti le notazioni sull'ampiezza della materia, oggi ben maggiore, sotto il profilo della dimensione dei fenomeni sociali regolati, di quella costituente oggetto di norme di puro diritto civile. Interessante anche la notazione secondo cui una codificazione chiara e coerente con la realtà economica è tuttora preziosa per l'attività delle imprese.

3.2. La seconda parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto commerciale in Europa.

La sezione inizia con un saggio di contenuto generale (Embid Irujo), che muove dalla riflessione secondo cui la continuità storica della disciplina, dal Medio Evo ai giorni nostri, può cogliersi solo ad un livello generalissimo di riconoscimento della necessità di norme proprie per le imprese e i mercati, mentre per tutto il resto prevalgono gli elementi di discontinuità. In questo quadro si nota attualmente, come tendenza generale, quella alla frammentazione della disciplina in diversi segmenti, ciascuno dei quali di complessità crescente, con relativa tendenza alla specializzazione estrema degli studi dottrinali.

Poste queste premesse, l'a. nota come la stessa denominazione "diritto mercantile" abbia ormai un sapore arcaico e come da più parti si sia tentato di sostituirla con altre (*Droit des affaires*, *Unternehmensrecht*, ecc.), nessuna delle quali si è però affermata, neanche al livello di singole nazioni⁶. In qualche paese l'espressione originaria (*Commercial law*, *Handelsrecht*) ha subito una restrizione di significato, riferendosi solo ad una parte (per lo più, la contrattazione commerciale) del contenuto complessivo tradizionale della disciplina.

Nella maggior parte dei paesi europei si tiene ferma però, almeno a livello dottrinale, l'unità della disciplina. Il centro organizzatore di questa è ormai passato, da tempo, dal "commercio" alla "impresa". L'a. nota, tuttavia, che nessuna dottrina è riuscita a costruire una "parte generale" del diritto commerciale incentrata sul concetto di impresa. Piuttosto si deve osservare che l'im-

⁶ Per ulteriori informazioni sul punto, v., nella dottrina italiana, G.B. PORTALE, *Dal Codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 79 ss. (specie, sul tema della denominazione della disciplina, 91 ss.). Nel saggio di P. il tema delle ricodificazioni della materia giuscommerciale è approfondito, anche con la considerazione di paesi (come Belgio, Olanda, Austria e altri) che non sono oggetto di trattazione nel volume qui commentato.

presa non è più da sola un concetto sufficiente a costituire il centro organizzatore della disciplina, perché altrettanta, se non maggiore, importanza è ormai assunta dal mercato e dalla concorrenza.

Può dirsi dunque che oggi, in Europa, il diritto commerciale è diritto delle imprese e dei mercati.

Tra le fonti continua ad essere predominante la legge, tendenzialmente sempre più dettagliata, anche per il flusso di normazioni secondarie; fa eccezione solo il commercio internazionale, ove continua a prevalere la consuetudine. In tutti i campi si nota però un protagonismo crescente della *soft law*.

Sul piano del metodo, il diritto commerciale continua ad essere caratterizzato, secondo tradizione, da una specifica attenzione alla realtà economica dei fenomeni studiati; ciò avrebbe consentito anche – secondo E.I. – una facile assimilazione degli strumenti dell'analisi economica del diritto da parte dei cultori della disciplina.

Sotto altro profilo, si deve ritenere invece ormai superata la consueta qualificazione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile; ciò non solo perché, sul piano dei contenuti, il primo ha ormai una maggiore ricchezza normativa e istituti completamente estranei alla normativa civilistica, ma anche per la crescente inserzione, nella disciplina delle imprese e dei mercati, di elementi di diritto pubblico.

Il saggio di E.I. si conclude con l'osservazione secondo cui il futuro della disciplina si presenta incerto, a fronte della frammentazione dei contenuti e della mancanza di una elaborazione sistematica condivisa.

3.3. La sezione dedicata al diritto europeo prosegue con diverse relazioni nazionali.

Quella tedesca (Spindler), dopo aver tracciato la storia della codificazione mercantile unitaria tedesca nel corso del XIX secolo, nota come lo *Handelsgesetzbuch* del 1900, tuttora vigente, copra ormai una parte residuale della disciplina, che oggi è contenuta in una pluralità di norme speciali, molte delle quali di derivazione europea. Secondo S. sono però rimasti in vigore alcuni principi generali del diritto commerciale codificato, che a loro volta erano radicati in quello del XVIII secolo: rapidità e affidabilità delle transazioni commerciali (cioè riduzione dei costi transattivi), bassi *standard* di protezione del contraente a favore della sicurezza dei traffici (a differenza di quanto poi avvenuto con la legislazione speciale più recente, in particolare quella a tutela dei consumatori).

La relazione spagnola (Esperanza Sobejano) muove anch'essa dalla considerazione che il vigente codice di commercio (1885) è nato vecchio e non è stato migliorato con gli anni; anzi, ha perduto col tempo buona parte dei suoi contenuti originari. Nel 2006 è stata costituita una commissione per un nuovo

codice di commercio che dovrebbe ricomporre in sé – come è avvenuto in Francia nel 2000 – materie oggi sparse in corpi legislativi separati. Dovrebbe nascere un nuovo diritto privato del mercato. Tuttavia, la dottrina civilistica (e il Consiglio di Stato) hanno fatto resistenza contro l’idea di un diritto privato del mercato che farebbe venir meno la centralità della disciplina civilistica del contratto, per cui si è creata una *impasse*, il cui superamento è ancora incerto.

La relazione francese (Conac) muove dalla descrizione del lungo processo di decodificazione, che aveva ridotto il *Code de commerce* del 1806 a contenitore semivuoto, e del successivo processo di ricodificazione, che ha portato al *Code de commerce* del 2000 (dal quale però è rimasto fuori il *Code monétaire et financier*). L’a. nota come il nuovo codice unitario sia costituito piuttosto da un assemblaggio di leggi speciali precedenti, con tenui legami fra le diverse parti del Codice stesso. Questo manca dunque di unità intellettuale e la sua approvazione non ha rallentato il processo di continua riforma della legislazione vigente.

La relazione italiana è stata affidata ad Alfredo Ferrante (giurista di formazione italiana, professore di Diritto privato nell’*Universidad Alberto Hurtado* di Santiago del Chile). Il saggio inizia con un *excursus* storico, che va dalle origini al codice di commercio del 1882. A quella data il diritto commerciale italiano aveva acquistato una forte identità per il confluire di tre fattori: pratico, ideologico ed accademico. La seconda fase del diritto commerciale italiano contemporaneo è quella che si conclude con il Codice civile unitario del 1942. Questo ha unificato le fonti ed ha così indebolito la precedente autonomia “giuridica” del diritto commerciale. Dopo il 1942 si assiste, nella dottrina italiana, ad una rivendicazione del primato del diritto civile (qualificato come diritto “primo” rispetto ad altri diritti “secondi”). Per contro, non mancano rivendicazioni di attualità ed autonomia di un diritto commerciale divenuto “diritto dell’impresa”. Tuttavia, le norme su impresa e società soffrono di un continuo cambiamento legislativo, divenuto – secondo F. – una sorta di patologia giuridica. Elevato tecnicismo e legislazione alluvionale caratterizzano la materia, finendo per sminuire il ruolo della giurisprudenza, rispetto a quanto accade per il diritto civile. Il collegamento fra diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia, affermatosi negli anni Settanta, è stato progressivamente abbandonato. Oggi il diritto commerciale italiano – secondo F. – ha una grande forza pratica, ma si è indebolito sul piano accademico, avendo ceduto molti dei suoi contenuti ad altre discipline.

3.4. La terza parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto mercantile in America.

La sezione inizia con un saggio di carattere generale (Morles Hernández),

che è soprattutto uno studio di storia della legislazione. L'a. nota come, in tutti i paesi latinoamericani, si assista ad uno smembramento in leggi speciali delle materie regolate dai codici di commercio ottocenteschi. Tuttavia, accanto al prevalente fenomeno della decodificazione, si assiste anche a fenomeni in controtendenza: l'unificazione dei codici di diritto privato, secondo il modello italiano, e il tentativo di rilanciare un codice di commercio onnicomprensivo, secondo il modello francese. Queste tendenze meritano apprezzamento, secondo l'a., che trae, anche dalle esperienze europee, la convinzione della attualità del processo di codificazione del diritto mercantile. Questo – secondo M.H. – conserva comunque, in tutti i paesi, la sua vocazione storica di pioniere di innovazioni normative e di complesso di regole di carattere internazionale.

La relazione argentina (Cracogna) muove dal codice di commercio del 1862, costruito secondo il modello dell'epoca, di derivazione francese, e adottato anche in Paraguay e Uruguay. Nel sec. XX anche questo codice era stato investito da una marcata tendenza alla decodificazione commerciale. Tuttavia, sin dalla metà del secolo, una forte corrente della dottrina, soprattutto giuscommercialistica, proponeva l'unificazione del diritto privato, secondo l'esperienza svizzera e italiana. Questa proposta è lentamente maturata, fino a trovare sostanziale accoglimento nel nuovo *Código Civil y Comercial*, entrato in vigore nel 2016. Il codice argentino ha unificato soprattutto la disciplina dei contratti, eliminando altresì alcuni capisaldi della vecchia legislazione commerciale (come gli atti di commercio). Come in Europa, si tende a riconoscere che l'impresa è il nuovo asse portante del diritto commerciale. Le discussioni dottrinali oscillano – secondo uno schema ben noto in Europa – fra chi parla di perdita di identità di un diritto commerciale ormai assorbito nel diritto civile e chi parla di commercializzazione del diritto privato. In ogni caso, il codice argentino – secondo C. – è una importante testimonianza di fiducia, ancora attuale, nella codificazione razionalista di tipo ottocentesco⁷.

La relazione brasiliana (Maffioletti) descrive un processo analogo. Il Brasile è passato dal Codice di commercio del 1850 ad un Codice civile unitario secondo il modello italiano (2002). L'unificazione del diritto delle obbligazioni non ha portato alla soppressione dell'autonomia delle regole sulla contrattazione mercantile. I contenuti giuscommercialistici del nuovo codice hanno suscitato diverse critiche di dettaglio, tanto che alcuni propongono il ritorno ad un codice di commercio separato. Secondo M. è preferibile pensare ad alcune

⁷ Per ulteriori riferimenti alla discussione sul codice argentino v. G.B. PORTALE (nt. 6), 87-8, che manifesta apprezzamento per l'opinione secondo cui questo codice costituisce un interessante tentativo di codificazione "per principi".

riforme parziali di alcuni contenuti, con il mantenimento dell'assetto attuale. Il problema principale è dato dall'esigenza di ammodernare continuamente la disciplina, per tener dietro al crescente dinamismo dei mercati⁸.

La relazione statunitense (White) contiene una dettagliata storia dell'*Uniform Commercial Code* americano, la cui prima versione fu completata, dopo lunga gestazione, nel 1951. Interessante il rilievo per cui, nei decenni precedenti, ad una spinta favorevole degli ambienti imprenditoriali interessanti, si contrappose l'opposizione iniziale del ceto forense (che temeva una perdita di ruolo degli avvocati nel mondo degli affari).

Alla Colombia sono dedicati due saggi (Albán e Albán – Camargo Agudelo), alquanto eccentrici perché aventi ad oggetto problemi di diritto applicato colombiano. Gli scritti si notano però anche per l'insistita professione di fede nel libero mercato, con critiche aspre contro la tendenza al dirigismo e alla moltiplicazione di norme imperative.

La relazione messicana (Méjan Carrer) nota come il Codice di commercio del 1890, ancora formalmente in vigore, sia stato quasi completamente svuotato dalla legislazione speciale successiva. La situazione è complicata dal riconoscimento della competenza concorrente dei singoli Stati in diverse materie. Lo scritto si chiude con la rilevazione di alcune tendenze evolutive attuali: il crescente intervento pubblico (soprattutto in materia ambientale); la contrattazione di massa; l'uso crescente delle tecnologie informatiche nella contrattazione; la globalizzazione e l'internazionalizzazione, che richiama le radici storiche del diritto mercantile.

La relazione peruviana (Carbonell O'Brien) nota in avvio come il commercio, sin dalle origini della sua storia, sia stato intrecciato con il diritto, nel senso che sempre ha avuto bisogno di norme giuridiche di regolazione degli scambi. Tuttavia, solo con le corporazioni medievali il diritto commerciale comincia ad apparire come un fenomeno dotato di caratteristiche proprie, e solo nel XIX secolo è riconosciuto come disciplina giuridica autonoma. In quel torno di tempo il Perù si emancipa formalmente dal diritto spagnolo e si dota di codici di commercio propri (1853, 1902), scritti però secondo la falsariga dei codici spagnoli allora vigenti. Ambedue questi codici hanno presto perduto gran parte della loro attualità, per il sopravvenire di leggi speciali. In realtà, il diritto commerciale moderno, come diceva Joaquín Garrigues, non è più il diritto del commercio, ma un aggregato di diverse materie eterogenee. In Perù sono avviati i lavori per un codice rinnovato, incentrato sul concetto di impre-

⁸ Per una trattazione più approfondita sul tema, v. G.B. PORTALE (nt. 6), 83 ss.; e, ancor più, ID., *Il diritto privato dell'impresa tra "fusioni" e "scissioni" dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 1 ss.

sa, che – secondo l’a. – dovrebbe essere intesa non tanto come attività quanto come istituzione. I principi generali tradizionali del diritto commerciale (rapidità delle contrattazioni, *favor creditoris*) rimangono validi, ma la nuova codificazione dovrebbe tenere conto del fatto che molti principi nati nel campo giuscommercialistico (p.e. produzione automatica di interessi nelle obbligazioni pecuniarie, correzione di contratti squilibrati) sono oggi contenuti nel Codice civile del 1984. La nuova codificazione dovrebbe dunque prendere atto di un fenomeno mondiale (con l’eccezione del Messico), qual è quello della generalizzazione delle regole commercialistiche nell’ambito del diritto privato, e dovrebbe lasciare il dovuto spazio alla tendenza ineluttabile all’internazionalizzazione delle regole.

Concludono questa parte due capitoli di carattere informativo sulla legislazione in materia commerciale in Cina e in Giappone.

3.5. La quarta parte del volume ritorna sul Codice di commercio cileno, soprattutto per esaminare l’evoluzione dei suoi diversi contenuti normativi, nei 150 anni di vigenza dello stesso.

La sezione è introdotta da due saggi di carattere generale. Il primo (Barrientos Grandon) torna sulla storia della formazione del Codice di commercio cileno, rilevando come lo stesso sia stato parte di un più generale processo di codificazione concepito dal governo cileno dell’epoca, in un quadro che riconosceva pienamente la centralità del Codice civile. Il secondo (Guerrero Valenzuela) si sofferma sul processo di decodificazione, accentuatosi negli ultimi decenni, soprattutto con norme di protezione di consumatori e risparmiatori. Secondo G.V. il diritto commerciale attuale è irrigidito da troppe norme imperative, in contrasto con l’esperienza storica che ha visto nascere da consuetudini tutti gli istituti del diritto commerciale. Secondo l’a. le norme limitanti l’autonomia di chi ha investito nell’impresa e se ne è assunto il rischio sono divenute eccessive (la critica si estende anche all’asserito eccesso di norme a tutela delle minoranze azionarie). La sfida del diritto commerciale contemporaneo dovrebbe essere quella di tornare alla sua vocazione storica.

La sezione prosegue con capitoli, interessanti e approfonditi, su diverse materie (società, banche, assicurazioni, concorrenza, procedure concorsuali) e su un capitolo finale informativo sulle proposte di redazione di un nuovo codice di commercio.

4. “Non più satellite”. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento, a cura di Italo Birocchi.

Il terzo dei libri qui commentati, cioè quello curato da Italo Birocchi, si distingue nettamente dagli altri due perché ha carattere propriamente monografico. Esso è dedicato ad una specifica vicenda della cultura giuridica italiana: quella che, a cavallo fra gli ultimi decenni del XIX secolo e i primi del XX secolo, vide nascere una dottrina giuscommercialistica volta ad affermare, in senso forte, l'autonomia della disciplina.

Il libro contiene saggi di otto diversi autori, tutti storici di professione (con la formale eccezione di Mario Stella Richter, giurista positivo ma impegnato da diversi anni nella costruzione di una biografia di Tullio Ascarelli, condotta con rigore filologico degno di uno storico di professione). Il volume, certo anche per merito del curatore, contiene una trattazione più omogenea di quanto solitamente accada nei lavori collettanei; sicché può dirsi che il programma monografico si è felicemente realizzato e che l'opera fornisce un sicuro progresso nelle conoscenze della materia studiata.

4.1. Il volume inizia con due saggi introduttivi, che inquadrano il tema principale nella più generale storia della disciplina.

Il saggio introduttivo di Italo Birocchi muove dalla considerazione del fatto che il diritto commerciale è stato l'unico diritto speciale sopravvissuto alla statalizzazione del diritto francese nel XVII secolo⁹. In quel tempo, il diritto commerciale non si insegnava ancora nelle Università, ma era considerato, tutt'al più, un insegnamento tecnico-professionale. È questo il punto di partenza – collocato verso la metà del sec. XIX – dell'indagine svolta nel volume. Nel presentarne i diversi saggi, B. anticipa vari temi: la conquista dell'autonomia della disciplina, caratterizzata dalla rivendicazione di fonti, principi e metodi propri; il problema dell'inquadramento del diritto commerciale in quella che, all'epoca, era l'idea fondamentale di unità dell'ordinamento giuridico (nota B. che qualcuno [Thaller] propugnò l'idea di un diritto commerciale assorbito in un diritto civile modernizzato, in una linea di pensiero che porterà alla formula della “commercializzazione del diritto privato”, mentre altri insistevano invece su una concezione separatista); il superamento dell'idea che la storia del diritto commerciale sia segnata da un *continuum* evolutivo.

⁹“L'*Ordonnance de commerce* è l'unica tra quelle di Luigi XIV che non conteneva la clausola abrogatoria delle norme previgenti: appunto per denotare che si innestava su una prassi e si poneva dialetticamente con essa senza pretendere di farne a meno” (p. 11).

Nel secondo saggio introduttivo, Pio Caroni afferma che si deve superare la corrente concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile. Il diritto commerciale è strutturalmente diritto settoriale, in quanto disciplina delle attività economico-produttive, che come tali non esauriscono l'intera realtà sociale, mentre il diritto civile si esprime per norme e categorie generali; ma anche queste denotano la loro parzialità, nel momento in cui si applicano a soggetti sostanzialmente diseguali. La collocazione del diritto commerciale nel sistema giuridico dipende dalla posizione, storicamente prima marginale e poi progressivamente centrale, che le attività economiche produttive hanno assunto nella vita sociale. È impossibile leggere nel segno della continuità la storia del diritto commerciale. Il diritto commerciale e la dottrina che se ne occupa hanno uno statuto strutturalmente provvisorio e mutevole.

L'ultima parte del saggio è dedicata all'opzione svizzera per il codice unico delle obbligazioni (1909). Questa fu spiegata, a suo tempo, in termini di modernizzazione e di democratizzazione del diritto. In realtà, l'unificazione del diritto delle obbligazioni non faceva certo diminuire le diseguaglianze sociali. Il vero è che codice unico o codici separati sono opzioni non decisive: il diritto commerciale rimane necessariamente un diritto settoriale, perché non tutta la vita sociale si riduce ad attività economico-produttive.

4.2. La parte più propriamente monografica del volume inizia con un denso saggio di Eloisa Mura, dedicato alla conquista dell'autonomia scientifica del diritto commerciale. A metà Ottocento si era già affermata l'idea del diritto commerciale come diritto di formazione sostanzialmente spontanea, particolarmente permeabile ai cambiamenti dettati dallo sviluppo economico e caratterizzato da una forte vocazione internazionale. Tuttavia, fino alla legge Casati (1859), prevaleva l'idea che il diritto commerciale non meritasse l'onore di un peculiare insegnamento nel *curriculum* universitario degli studi di giurisprudenza. Esso era considerato, dai giuristi colti, alla stregua di un insieme di aggiunte ed eccezioni alle norme di diritto civile, le quali dettavano i principi e le regole generali.

Dal momento in cui, con la legge Casati, la materia entrò nel *curriculum* ufficiale degli studi, i docenti dovettero improvvisarsi, provenendo da altre discipline. M. mette in luce, negli insegnamenti di questi primi docenti, dai nomi dimenticati (salvo Giuseppe Montanelli), spunti importanti: dalla superiorità della consuetudine commerciale sul diritto civile nella gerarchia delle fonti, alla necessità dell'ausilio delle scienze sociali nell'interpretazione delle norme di legge, all'inutilità della ricerca a tutti i costi di radici romanistiche negli istituti del diritto mercantile. Ben presto si disegnò la rivendicazione di una vera e

propria autonomia scientifica del diritto commerciale (Ellero 1868, Vidari 1870¹⁰). L'idea di fondo fu quella di un diritto radicato nelle leggi "naturali" dell'economia, ma anche bisognoso di interventi riformatori del legislatore (Borsari, nel 1868, preannuncia quella che sarà la posizione di Vivante, trent'anni dopo).

4.3. I decenni successivi, che segnarono il maggior successo del programma di costruzione dell'autonomia della disciplina, sono illustrati in due capitoli di Italo Birocchi, che costituiscono, in certo senso, il nucleo centrale del volume.

Nota B. che gli ultimi decenni dell'Ottocento furono dedicati a "fare uscire la materia dal suo stato di minorità rispetto al civile, ma anche dalla sua tradizione pratica e corporativa". Si delineava così una visione mobile ed espansiva, collocata in una prospettiva internazionale, ma attenta anche ai risvolti sociali, che richiedevano elaborazione e progettualità normativa. Il processo di costruzione dell'autonomia disciplinare impiegò qualche decennio e fu – scrive B. – faticoso, anche sul piano strettamente accademico (ma direi che, visto con occhi odierni, quel processo può dirsi maturato in tempi piuttosto rapidi). Un ruolo centrale va riconosciuto al "manifesto" di Vidari (1870), che rivendicò con forza l'autonomia scientifica della disciplina rispetto alla tradizione romanistica. Fra i suoi seguaci si segnalano Enrico Galluppi, le cui *Istituzioni di diritto commerciale* (1873) criticano l'idea del diritto commerciale come insieme di norme di eccezione ed affermano l'indipendenza reciproca fra diritto civile e commerciale; e Adolfo Sacerdoti, che teorizza (1874) l'idea che il diritto civile ha il suo concetto centrale nella "persona" e il diritto commerciale nell'"affare". In ogni caso, la dottrina giuscommercialistica italiana di fine Ottocento aveva acquisito un'idea forte di autonomia della disciplina, pur senza mai mettere formalmente in discussione la concezione positivista ortodossa dell'ordinamento. Quella dottrina, su cui si formò il codice di commercio del 1882, attribuiva centralità, sulla scorta della dottrina giuridica tedesca, all'oggettivizzazione della disciplina, in contrasto con l'antica matrice corporativa. Il diritto commerciale appariva così come espressione della modernità, ma anche della socialità crescente.

¹⁰La centralità dello scritto di Ercole Vidari del 1870 (*Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile*, in *Archivio giuridico*, 1870, 92 ss.), come "manifesto" dell'autonomia scientifica del diritto commerciale, è unanimemente riconosciuta dalla dottrina. Sull'autore v. ora l'accurato studio di E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018. V. anche M. LIBERTINI, *Ercole Vidari*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, Bologna, Il Mulino, 2013.

Questo processo matura con Cesare Vivante, che esprime la consapevolezza del ruolo-guida che la disciplina giuscommercialistica può ormai rivestire nell'ambito della scienza giuridica. Nasce così il programma di egemonia culturale della “*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*” (programma che parve in effetti realizzarsi, per qualche decennio). Ma forse ancor più di Vivante, secondo B., è Angelo Sraffa, che esprime al meglio il tratto comune dei giuscommercialisti postrisorgimentali: ideologia della costruzione dell'unità nazionale e coscienza di svolgere una funzione importante, quasi un pilastro dell'ordine economico (capitalistico) e del sistema politico che gli era connesso.

Il saggio di B. prosegue con un'accurata trattazione dell'esperienza della generazione post-vivantiana, in cui emergono le due personalità di Lorenzo Mossa e di Alberto Asquini. In particolare, del primo si segnala la peculiarità di un dichiarato (e isolato) approccio giusliberistico, accompagnato dall'interesse verso materie nuove, che presto saranno considerate estranee alla disciplina giuscommercialistica (dal diritto del lavoro ai contratti dei consumatori).

Dalla generazione precedente rimane il retaggio di una visione alta del ruolo del giurista, come intellettuale impegnato nella costruzione di un diritto moderno, in grado di rispondere alle esigenze di sviluppo economico del Paese. Nella prima metà del secolo XX si era anche costruito un forte senso di appartenenza unitaria all'interno dell'ambiente accademico, che si manifestava anche nel momento della selezione dei nuovi titolari di cattedre universitarie.

4.4. Il disegno del volume prosegue con alcuni capitoli, non del tutto omogenei fra loro, che trattano diversi aspetti di grande interesse dell'esperienza giuscommercialistica della prima metà del sec. XX.

Uno studio molto accurato di Annamaria Monti è incentrato sulla didattica del diritto commerciale nel primo quindicennio del sec. XX. Mette in luce grandi personalità (Bolaffio, Sraffa, Rocco) e, insieme, la ricchezza di contenuti culturali e professionali di quegli insegnamenti.

Il saggio successivo, di Mario Stella Richter, intitolato *Il giovane Ascarelli*, descrive accuratamente la fase iniziale della brillante carriera universitaria di Tullio Ascarelli, destinato a divenire la personalità eminente della dottrina giuscommercialistica italiana nella generazione postvivantiana. A parte il pregio della ricostruzione storiografica, il saggio mette in luce come, già nella prima produzione dottrinale di A., si manifestassero le idee di fondo del suo insegnamento della maturità: la concezione del diritto commerciale come categoria storica (“diritto del capitalismo”); la visione unitaria dell'ordinamento (dove anche l'interesse dottrinale per temi e problemi non ristretti entro i confini tradizionali della disciplina e la spinta al contributo dei giuscommercialisti all'ammodernamento della trattazione di temi di diritto civile); la con-

sapevolezza del ruolo autonomo e creativo dell'interprete.

Questa parte del volume si chiude con un pregevole saggio di Giovanni Chiodi, redatto sulla base di fonti inedite dell'archivio Vassalli, su alcuni momenti del lavoro preparatorio del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni (1930-5). Di particolare interesse, per ciò che riguarda il ruolo della dottrina giuscommercialistica italiana, il contributo dato da Lorenzo Mossa al progetto di disciplina del contratto di assicurazione (contributo che, nel saggio, è analizzato con somma cura).

4.5. Il volume si conclude con tre saggi miscellanei, che arricchiscono, da prospettive differenti, i temi trattati nella parte principale. Il primo è un saggio di Pio Caroni, che riprende, in modo più analitico, i temi dell'ultima parte del suo saggio introduttivo, relativo alla nascita e al ruolo del codice unico delle obbligazioni svizzero. Il secondo, di Carlos Petit, si sofferma sul manuale di Edoardo Soler (1882), con particolare attenzione alle sue premesse ideologiche. Il terzo, di José Reinaldo de Lima Lopes, tratta del diritto commerciale brasiliano agli inizi del sec. XX. Il saggio illustra soprattutto la personalità di José Xavier Carvalho de Mendonça, autore del primo trattato di diritto commerciale brasiliano (apprezzato anche a livello internazionale), collocandolo in un vivace quadro della cultura giuridica ed economica del tempo. La dottrina giuridica brasiliana aveva, a quel tempo, assimilato il dibattito europeo e, in grande maggioranza, riteneva superata l'idea di eccezionalità o anche specialità del diritto commerciale ed auspicava l'adozione di un codice unico. Questa idea non si realizzò, all'epoca: nel 1916 fu adottato un Codice civile (il primo della storia giuridica brasiliana) distinto dal codice di commercio (l'unificazione avverrà un secolo dopo). L'autonomia del diritto commerciale era comunque generalmente riconosciuta, anche sul piano del metodo. In particolare, Carvalho de Mendonça riconosceva tanto l'importanza del "diritto pubblico commerciale" (quello che in Europa si preferì chiamare "diritto dell'economia"), quanto lo stretto legame fra diritto commerciale ed economia politica.

5. Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell'arte.

La grande quantità di informazioni e di opinioni, sopra riassunte, induce ad una riflessione finale sui diversi profili della storia del diritto commerciale e del suo presente, che sono stati in vario modo prima richiamati.

5.1. In primo luogo, può notarsi come questa storia sia segnata, per solito,

da un paradigma che penso possa riassumersi in tre fasi¹¹, a cui si può aggiungere una quarta, che riguarda il presente:

(i) Nelle origini medievali, e poi per diversi secoli, si ha uno *ius mercatorum*, dotato di contenuti normativi originali, formatosi spontaneamente come diritto corporativo del ceto dei mercanti, e tendenzialmente uniforme, al di là dei confini politici del tempo.

(ii) Con l'affermarsi degli stati sovrani, si avvia una seconda fase in cui il diritto mercantile diviene statale. In questa fase il diritto commerciale rimane però complesso di norme proprie di un ceto sociale: i mercanti conservano i loro privilegi corporativi e i loro tribunali, anche se perdono la loro autonomia; in più lo Stato sovrano protegge le imprese inventando nuovi strumenti di privilegio (privative industriali, ecc.).

(iii) In una terza fase, nel sec. XIX, il diritto commerciale statale, abolite le corporazioni, diviene diritto a base oggettiva, formalmente aperto a tutti per via del riconoscimento della libertà di commercio, e inquadrato in codici paralleli a quelli civili. In questa fase, all'accentramento delle fonti (e, con un processo variamente sviluppato nei diversi paesi nel corso del XIX sec.) si accompagna anche, più tardi, un'evoluzione dottrinale, che vede la formazione di una forte corrente di pensiero, volta ad affermare l'autonomia scientifica della disciplina. Sul piano dottrinale, e più tardi anche su quello legislativo, il centro della materia si sposta poi dal commercio in senso stretto all'impresa e ai mercati, in sostanza all'insieme di norme giuridiche che presiedono al funzionamento dell'economia di mercato capitalistica nella sua interezza.

(iv) Nella quarta, ed attuale, fase, si assiste, in primo luogo, al dilagare della produzione normativa, spesso "multilivello", in materia di imprese e di mercati, con collegata decodificazione e frammentazione della disciplina; contemporaneamente, si assiste ad una ripresa, per effetto della globalizzazione economica, di prassi negoziali di carattere sovranazionale. Tutto ciò determina una marcata tendenza alla specializzazione, all'interno di quella che, nella fase precedente, era stata una disciplina accademica unitaria, e con ciò un ripiegamento del tema dell'autonomia scientifica della stessa. Il futuro della disciplina del diritto commerciale appare, comunque, obiettivamente incerto.

5.2. I libri commentati contribuiscono bene all'arricchimento di questo

¹¹ V., per tutti, V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle dottrine privatistiche – Sezione commerciale*, IV, Torino, Utet, 1989, 333 ss. L'a. tende a vedere la seconda fase come momento conclusivo della prima, ma ne scandisce nitidamente le peculiarità.

schema interpretativo, ma offrono anche spunti per ulteriori riflessioni, che non intaccano le linee di fondo di quella ricostruzione, ma consentono di mettere meglio in luce aspetti, talora non secondari, della stessa.

Cominciando dalla prima fase, il ruolo centrale svolto, per secoli, dallo *ius mercatorum* corporativo, non può essere messo in dubbio.

Non si deve però trascurare una linea di pensiero (rappresentata in Italia, in primo luogo, da Ascarelli) che, sul piano storiografico, ha ritenuto doversi valorizzare maggiormente l'idea secondo cui il diritto commerciale dovrebbe essere studiato come categoria storica, come "diritto del capitalismo", piuttosto che solamente come "diritto del commercio". In questa prospettiva, la storia del diritto commerciale potrebbe utilmente staccarsi dallo schema iperspecialistico goldschmidtiano e meglio integrarsi negli studi di storia dell'impresa, che sembrano in promettente crescita in vari Paesi.

Potrebbe allora tenersi conto del fatto che imprese capitalistiche (cioè imprese caratterizzate dal marxiano ciclo D-M-D, cioè dall'esigenza di raccolta iniziale di capitali destinati alla realizzazione di un progetto lucrativo, spesso soggetto ad alto rischio) si sono avute sin dall'Antichità, e non soltanto nel settore del grande commercio d'oltremare (destinato a svolgere il ruolo costituente dello *ius mercatorum*), ma anche nell'attività bancaria in senso lato o in attività manifatturiere che si evolvevano verso dimensioni industriali¹² (attività regolate da corporazioni diverse da quelle dei mercanti) e in quella di forniture di beni e servizi al potere pubblico, cioè l'attività dei *publicani* (con le relative *societates publicanorum*, antenate parziali delle moderne società di capitali).

Tutte queste attività hanno richiesto, sin dall'Antichità, norme giuridiche dettagliate e tribunali speciali¹³. È noto, inoltre, che un filone di dottrina romanistica (Di Porto, Cerami) ha cercato di sostenere l'esistenza di istituti giuridicommercialistici ben operanti in epoca romana.

Certo è però che su queste norme non si formò una giurisprudenza colta. Si trattava, infatti, di norme regolanti attività considerate socialmente marginali, e spesso anche socialmente riprovate. La giurisprudenza colta, da quando si formò come tale, nella civiltà romana, concentrava la sua attenzione sugli isti-

¹² Interessanti informazioni sui tribunali corporativi delle arti dei lanieri, in alcune città italiane nel XVI sec., in A. Caracausi (nt. 3).

¹³ Cfr. M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, Il Mulino, 2015. Su un piano teorico può giustamente affermarsi che "il codice genetico del capitale è un codice giuridico" (così M.R. FERRARESE, *Il capitale e il tocco magico del diritto. Storie e attuali protagonisti secondo Katharina Pistor*, in *Politica del diritto*, 2019, 660).

tuti centrali nella vita delle classi dominanti, e quindi in primo luogo la proprietà immobiliare e la sua trasmissione¹⁴.

Nell'Europa medievale la corporazione dei mercanti accrebbe il suo peso sociale e politico e così le sue regole corporative furono riconosciute e protette dai diversi poteri politici allora esistenti. Nacque così lo *ius mercatorum*, ricco di contenuti originali e dotato di piena effettività, ma ancora lontano dalle attenzioni della giurisprudenza colta.

Nella ideologia interna agli ambienti corporativi, che influenzerà le trattazioni dottrinali dei secoli successivi, lo *ius mercatorum* viene concepito come diritto spontaneo, tutto a base consuetudinaria. In realtà, fin dall'Antichità, fiere e mercati (con le relative, necessarie, regole e tribunali) sono sempre vissuti sotto la protezione di qualche potere politico che ne garantiva il regolare svolgimento e, spesso, riconosceva un potere normativo e giurisdizionale privilegiato agli operatori economici.

Anzi, se si guarda più attentamente alla storia dell'impresa capitalistica in generale, ci si avvede che questa, nelle più diverse esperienze storiche in cui si è affermata, ha sempre goduto di un forte sostegno iniziale di un potere politico, che dava garanzia di effettività alle norme giuridiche di funzionamento di fiere e mercati, come tali sempre necessarie per l'esistenza degli stessi, e in più forniva strumenti giuridici di diretto sostegno dell'impresa (sotto forme varie: commesse, finanziamenti privilegiati, dazi doganali, diritti di esclusiva, concessione di locali, ecc.). In altri termini, le imprese capitalistiche non nascono storicamente dall'assestamento "spontaneo" di fenomeni di libero scambio, ma dalla combinazione fra iniziative innovative e rischiose di individui e gruppi dotati di particolare talento e dalla protezione che tali iniziative ricevono – in vario modo e con diversi mezzi giuridici – da parte del potere politico¹⁵.

La stessa consuetudine mercantile non è certo ritualità primitiva, ma consuetudine evoluta, costruita su documenti negoziali e decisioni di tribunali.

Ciò che caratterizza il diritto commerciale medievale è che, nei primi secoli di vita dello *ius mercatorum*, gli imprenditori dell'epoca dovevano instaurare

¹⁴ Cfr. G. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Il Mulino, 2016.

¹⁵ La diretta protezione del potere politico, come requisito iniziale della costituzione di imprese lucrative, è ravvisata fin dai primordi della storia economica occidentale (cfr. M. HUDSON, *Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse*, in *The Invention of Enterprise. Entrepreneurship From Ancient Mesopotamia to Modern Times*, ed. by D.S. Landes, J. Mokyr, W.J. Baumol, Princeton University Press, 2010, 11 ss.). Allo stesso modo, essa è sempre presente nei "paesi emergenti" di nuovo capitalismo (cfr. W.K.K. CHAN, *Chinese Entrepreneurship since Its Late Imperial Period*, *ivi*, 494-5).

rapporti con un potere politico diviso in una pluralità di istituzioni locali, spesso di livello municipale. In quel contesto la sfera di interessi e di attività del mercante era spesso più ampia di quella del potere politico di riferimento. Ciò ha favorito un fenomeno di formazione internazionale di una cultura mercantile, con le sue regole tendenzialmente uniformi e il sostanziale recepimento di tali regole da parte del potere politico che, di volta in volta, tutelava la corporazione dei mercanti e i suoi tribunali. Dunque, sostanzialmente una delega del potere normativo alle corporazioni dei mercanti; e quindi l'idea di un diritto di formazione spontanea.

5.3. Dal momento dell'affermazione degli Stati sovrani, il ceto mercantile – che mantiene il suo orgoglio di ceto anche nella nuova situazione politica¹⁶ – doveva ottenere il riconoscimento da parte di un potere centrale unitario, pur nel quadro del mantenimento di una solida alleanza tra potere politico e ceto mercantile. La differenza principale riguarda l'unificazione su base nazionale delle regole mercantili, il cui contenuto rispettava generalmente un quadro di continuità con la tradizione corporativa (ivi compreso, almeno fino alla seconda metà dell'Ottocento, il mantenimento dei tribunali speciali di commercio).

L'aspetto più significativo del nuovo quadro istituzionale e normativo è – come messo in luce da Petit per l'esperienza spagnola – non soltanto l'assimilazione delle regole mercantili da parte degli Stati sovrani, ma soprattutto la possibilità che questi acquisivano, in una cornice mercantilistica, di rafforzare l'economia capitalistica mediante l'introduzione di istituti che la tradizione corporativa, come tale, non sarebbe stata in grado di creare (come le società di capitali; o le privative industriali, a cui, per la verità, i libri qui commentati non prestano particolare attenzione).

La terza fase dello schema sopra accennato (cioè quella delle codificazioni) si innesta su questa situazione portando con sé l'affermazione di una concezione oggettiva del diritto commerciale ed una tendenziale normalizzazione dello stesso, all'interno di un ordinamento giuridico ormai ovunque concepito come unitaria espressione della sovranità statale.

Questa fase storica è forse quella più studiata e nota. Gli studi qui commentati forniscono puntuali ricostruzioni di esperienze nazionali, che ovunque vedono gli Stati impegnati nel processo di codificazione del diritto commerciale.

Ciò che particolarmente viene messo in luce, e va segnalato per la sua im-

¹⁶ Cfr. V. PIERGIOVANNI, *Il diritto dei mercanti e la dottrina giuridica in età moderna. Considerazioni comparative tra Benvenuto Stracca e Gerard Malynes*, in ID., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno – Atti della Società Ligure di Storia Patria*, Genova, 2012, 1315 ss. (con particolare riguardo all'opera di Malynes).

portanza, è però l'importanza assunta dall'affermazione del diritto commerciale come disciplina accademica.

5.4. Sul piano della storia delle idee, questo passaggio non può essere sottovalutato.

Per i secoli precedenti, il quadro disegnato da Petit è brillante, nel rilevare la distanza socioculturale fra il mondo dei mercanti e dei loro tribunali e quello della giurisprudenza colta dell'epoca; ed è notevole la sottolineatura della considerazione, nella cultura mercantile, del ricorso ai tribunali come *extrema ratio*, a fronte di una via maestra costituita dalla soluzione amichevole dei conflitti alla luce della solidarietà mercantile¹⁷.

Può sorgere il dubbio che la sottolineatura di questa separazione sia, nel libro di P., troppo netta. Mancano, per esempio, riferimenti – usuali nelle storie del diritto mercantile – ad autori (Stracca, Scaccia, Ansaldo, Casaregis, ecc.) che, dal tardo diritto comune fino all'età delle codificazioni, produssero una letteratura giuridica colta dedicata al diritto mercantile, destinata ad influire sulla futura legislazione¹⁸. Anche se la celebre frase di Bartolo (“*in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo omissis iuris solemnitatibus*”) fa pensare ad una cesura profonda, è difficile negare che anche la cultura giuridica romanistica abbia svolto un ruolo importante nella costruzione del diritto commerciale moderno¹⁹.

Ciò che può rimarcarsi è comunque che quegli autori erano certamente giuristi colti, ma erano soprattutto giudici ed avvocati e non professori di università. La giurisprudenza commerciale era stata elevata all'attenzione della letteratura giuridica ma, fino all'Ottocento, non era ancora legittimata a livello accademico.

¹⁷ È difficile ipotizzare – malgrado la legittima curiosità – un legame tra queste antiche espressioni della cultura mercantile, peraltro segnalate dagli storici anche per epoche successive (cfr. J. MOKYR, *Entrepreneurship and the Industrial Revolution in Britain*, in *The Invention of Enterprise* [nt. 11], 183 ss.), e le prese di posizione di giuscommercianti dei nostri giorni, che sottolineano l'inefficienza del ricorso ai tribunali ai fini della risoluzione delle controversie commerciali (V. DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017; P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Utet, Torino, 2016).

¹⁸ Per una vivace sintesi v. F. MIGLIORINO, *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Roma, Ist. Enc. Ital., 2012.

¹⁹ Circa il permanere di questa importanza sino a fasi più recenti di sviluppo della dottrina giuscommerciantistica, v. A. MONTI, *Uso e riuso delle citazioni romane, medievali e di età moderna nel discorso dottrinale dei giuscommercianti italiani (XIX-XX sec.)*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin e altri, Torino, Giappichelli, 2019, 249 ss.

In questa prospettiva, i volumi commentati (soprattutto, naturalmente, quello curato da Birocchi, ma anche quello di Petit) mettono in luce l'importanza storica della cooptazione a livello accademico, nel corso del sez. XIX, del diritto commerciale.

Il fenomeno si realizzava in un tempo caratterizzato da fiducia nel progresso economico e culturale, ma anche dall'affermazione e crescita del prestigio delle Università pubbliche, nonché di grande autostima dei titolari di cattedre universitarie. L'introduzione del diritto commerciale fra le discipline accademiche non era, peraltro, frutto di un processo autonomo di modernizzazione delle Facoltà universitarie: furono piuttosto gli Stati dell'epoca, nel quadro della gestione centralistica delle Università pubbliche, ad imporre la materia fra quelle obbligatorie, a fini di necessaria modernizzazione degli studi giuridici. Ciò produsse una leva di docenti che non provenivano dagli ambienti commerciali o dall'esperienza dei Tribunali di commercio, ma erano (il primo fu Pardessus) giuristi colti, di formazione generalista; più tardi anche giuristi che si avvicinavano da autodidatti alla materia, attratti da un genuino interesse per la stessa (il caso più significativo fu quello di Vivante).

Il bisogno di legittimazione culturale della disciplina portò anche i padri fondatori (in primo luogo Goldschmidt) a costruire una storia del diritto commerciale autonoma e distinta dal filone centrale del diritto privato europeo ed a valorizzare – pur in un periodo di dominante giuspositivismo statalistico, e senza contestare direttamente quest'ultimo – la proiezione internazionale della disciplina.

5.5. Questo tipo di formazione dei giuristi che sono entrati nella storia come fondatori della disciplina a livello accademico spiega alcuni fenomeni che, nella ricerca curata da Birocchi, sono messi in luce:

(i) la valorizzazione, da parte dei cultori del Diritto commerciale, della novità culturale (sotto il profilo dei metodi e delle fonti: da ciò le formule sull'autonomia “giuridica” e “scientifica”) di una disciplina che era riconosciuta meritevole della massima considerazione proprio perché forniva gli strumenti giuridici centrali a supporto del progresso economico del tempo; una disciplina che, inoltre, mostrava grande capacità evolutiva ed espansiva, e spesso aveva bisogno di strumenti giuridici non inquadrabili nella tradizione romanistica;

(ii) l'indipendenza sostanziale di questi fondatori della disciplina rispetto agli ambienti imprenditoriali dell'epoca e ai loro immediati interessi; ciò anche per via di un esercizio limitato della professione legale²⁰ (il che non impe-

²⁰ Il punto è sottolineato, anche con riferimento ad esperienze straniere, da T. ASCARELLI, *Scienza e professione* [1956], in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1961, II, 854 ss.

diva poi, a quegli studiosi, di usare un metodo molto attento allo studio della realtà socioeconomica); da qui la vena riformistica e l'impegno di responsabilità sociale, che ha caratterizzato, per lungo tempo, la disciplina.

Ciò spiega anche la formazione di un sentimento di orgoglio disciplinare, che portò con sé non solo la rivendicazione forte dell'autonomia scientifica e giuridica, ma portò anche i cultori della materia (o almeno la loro componente più avanzata) ad osare di concepire la stessa come disciplina "generalista" (in un'epoca in cui, nel costume accademico, la distanza culturale tra le discipline generaliste e quelle specialistiche era fortemente sentita). Accadde così che una dottrina giuscommercialistica di recente formazione accademica poté proporsi come punta avanzata della cultura giuridica; ed anche, come avvenne in Italia, a tentare la conquista di un'egemonia che per qualche tempo, con il successo della "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", sembrò divenire realtà.

5.6. Peraltro, già fin dai primordi, risultavano in parte incerti i confini della disciplina. Per esempio, il trattato di Thöl, a metà Ottocento, che è correntemente considerato la prima trattazione "scientifica" del diritto commerciale, conteneva una prima parte dedicata allo statuto del commerciante e delle società commerciali e poi dedicava ampio spazio ad una trattazione generale delle obbligazioni e dei contratti commerciali, nonché del diritto cambiario. Poco dopo Goldschmidt, nelle prime pagine della sua celebre "Storia universale", delineava un contenuto vastissimo della materia (diritto commerciale pubblico, privato e internazionale; e, come rami speciali: diritto cambiario, diritto marittimo, diritto delle assicurazioni, diritto processuale commerciale e fallimentare), che come tale non risulta poi compiutamente trattata da alcuno. Peraltro, il contenuto complessivo del suo *Handbuch* non era molto diverso da quello del trattato di Thöl, salvo la presenza della grande introduzione storica e il minor spazio dedicato alla disciplina generale delle obbligazioni. L'esperienza tedesca si orientava così verso una delimitazione della disciplina che già scontava lo specialismo di alcuni profili, in primo luogo il diritto fallimentare e poi i nascenti istituti della proprietà industriale e della concorrenza sleale (peraltro, la formazione di questo fondamentale istituto avveniva nei tribunali civili e non in quelli di commercio).

Successivamente, nella fase espansiva della disciplina, la stessa tendeva a inglobare l'intero diritto delle imprese e dei mercati. Ma già il trattato di Vivante, per esempio, non si occupa del diritto marittimo e del fallimento, materie che nel Corso di Vidari occupavano invece quattro dei nove volumi complessivi.

In effetti era difficile portare a sistema una materia che, nei codici di commercio ottocenteschi, era incentrata sul concetto di atto di commercio, cioè atto di scambio professionale, quando nel frattempo l'organizzazione industriale

e finanziaria delle imprese e l'avvento dei mercati di massa aveva assunto un'importanza centrale nel funzionamento dell'economia e introdotto strumenti giuridici ignoti ai vecchi codici di commercio.

5.7. La risposta a questa difficoltà fu, com'è noto, quella di portare al centro della disciplina la figura dell'impresa, che, come tempo dopo teorizzerà Coase, non è un insieme di atti di scambio, bensì una struttura organizzata gerarchica, avente la funzione di risparmiare i costi di transazione insiti in ogni atto di scambio.

L'idea di contrapporre un diritto dell'impresa a un diritto del commercio fu avanzata, nella seconda metà del sec. XIX, dai pionieri franco-belgi del "diritto industriale" (proposto allora come nuova disciplina volta allo studio degli istituti giuridici originali nati con l'affermazione delle imprese industriali: disciplina del lavoro in fabbrica, disciplina amministrativa della gestione di stabilimenti industriali, disciplina della proprietà industriale e concorrenza sleale). Questa proposta rimase minoritaria e non si affermò mai a livello accademico: alcuni contenuti di essa transitarono in materie autonome (a cominciare dal diritto del lavoro); ma, soprattutto, l'idea della centralità della nozione di impresa fu acquisita dagli stessi cultori accademici del diritto commerciale (a cominciare da Karl Wieland, nei primi decenni del sec. XX), in una proposta di modernizzazione, ma anche di continuità, di questa disciplina; e come tale si affermò rapidamente.

Oggi questa idea è professata un po' ovunque (salvo che nelle aree di *common law*, ove prevale un'accezione ristretta di *commercial law*, incentrata sulle negoziazioni commerciali, e, per il resto, i diversi capitoli compresi nella materia sono oggetto di discipline specialistiche).

Nell'accezione più moderna, alla centralità del concetto di impresa si affianca con pari valore (come sottolinea Embid Irujo), l'idea di mercato, che, pur essa, non è da confondere con un semplice insieme di scambi individuali: il mercato è piuttosto una struttura organizzata e regolata (si pensi alle norme antitrust, alla concorrenza sleale e alle diverse regolazioni di settore), volta a consentire/favorire operazioni di scambio entro binari prestabiliti.

Si potrebbe dunque dire che il "diritto commerciale", superando una terminologia che molti riconoscono essere arcaica, dovrebbe oggi denominarsi come "diritto delle imprese e dei mercati"²¹.

5.8. Il punto è che (come sottolinea ancora Embid Irujo) la dottrina giucommercialistica non è riuscita, in alcun Paese, ad elaborare un sistema di principi e concetti atto a costituire una parte generale del diritto delle imprese e dei mercati. Questo giudizio, peraltro, non è nuovo: nel volume cileno si ri-

²¹ Sul punto v. anche *supra*, nt. 6.

corda come già Joaquin Garrigues (il più autorevole giuscommercialista spagnolo della metà del secolo scorso) rilevasse come il diritto commerciale era divenuto, già ai suoi tempi, un insieme di contenuti eterogenei.

La spiegazione di questo fenomeno, che viene fornita in molti degli scritti prima menzionati, è che le materie disciplinate dai codici di commercio ottocenteschi sono state in gran parte integrate o modificate da un processo alluvionale di novità normative. Processo che, secondo Ferrante, avrebbe assunto oggi in Italia un livello superiore a quello degli altri Paesi e sarebbe divenuto patologico (in effetti, chi segue le vicende del decreto correttivo al codice della crisi e dell'insolvenza è tentato di dargli ragione).

In ogni caso, il processo di decodificazione del diritto commerciale, che come tale è percepito ovunque, comporta lo svuotamento di molti codici di commercio, pur rimasti formalmente in vigore, nonché il fatto che i tentativi di nuovi codici (in primo luogo quello francese) appaiano come consolidazioni di norme settoriali prima sparse in diversi testi normativi, senza l'ambizione razionalizzante dei grandi processi di codificazione.

5.9. Questa spiegazione della debolezza sistematica dell'attuale dottrina giuscommercialistica è certamente valida²². In molti settori della disciplina, l'attività dottrinale è oggi costretta a inseguire novità della regolazione (soprattutto di fonte europea) e delle prassi contrattuali (soprattutto di fonte americana). Il risultato è talora quello di una dottrina debole, a cui manca la tendenziale stabilità di punti di riferimento (c.d. fonti), che è presupposto dei processi razionali di costruzione di principi e concetti.

A ciò si aggiunge, però, la generale tendenza, nell'odierna cultura giuridica, ad esaltare il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa, a scapito della funzione ordinante delle costruzioni dottrinali. Tendenza che non è certo peculiare al settore del diritto commerciale, ove anzi è rimasto il retaggio di una forte tradizione "dottrinaristica", che in Ascarelli vide il più convinto fau-

²² Un diverso giudizio è stato espresso da G.B. PORTALE, da ultimo in *Il diritto privato dell'impresa* (nt. 8). Secondo P. il diritto commerciale odierno ha recuperato il carattere di "universalità" (o "transnazionalità"), che lo ha storicamente connotato e un'autonomia giuridica, in materia di fonti e di costruzione di nuove discipline. Questa opinione segnala, a mio avviso, fenomeni reali e significativi, che però possono ricondursi all'esperienza generale della "globalizzazione" economica, e che, in forme simili, possono dirsi condivisi anche da altre discipline giuridiche (si pensi alle elaborazioni teoriche sulla teoria generale del contratto o a quelle sul "diritto amministrativo globale"). A mio avviso la vitalità (innegabile) della attuale dottrina giuscommercialistica non consente però di parlare di una forte impostazione sistematica condivisa. Per una più ampia trattazione del punto rinvio a M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale dedicati a Pippo Portale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 37 ss.

tore²³, ma che proietta anche qui il suo influsso culturale.

In ogni caso, la frammentazione e l'inflazione normativa producono con sé anche l'obiettiva difficoltà, per i cultori della materia, di dominarla per intero, e quindi una spiccata tendenza alla specializzazione.

Alla frammentazione normativa si accompagna un parallelo fenomeno – meno spesso segnalato, e non messo in evidenza nei libri recensiti – di ricostituzione di giudici specializzati (di solito non “giudici speciali”, per il formale rispetto del principio di unità della giurisdizione, ma “sezioni specializzate” di organi giudiziari preesistenti). Com'è noto, il contenzioso in materia di società e di diritto industriale in Italia è concentrato presso i tribunali più grandi (nelle sedi maggiori con separazione interna fra società e diritto industriale; in materia di antitrust i tribunali competenti ulteriormente ridotti a tre; e, per i profili di giurisdizione amministrativa, affidati esclusivamente al T.A.R. Lazio; altri filoni specializzati sussistono in materia di proprietà industriale). Il fenomeno si collega alla costituzione di autorità amministrative indipendenti, con potere regolamentare su interi settori economici e un controllo giudiziario concentrato per legge in unica sede (per esempio: il T.A.R. Lazio per le comunicazioni elettroniche, oltre che per il diritto antitrust; il T.A.R. Lombardia per il settore dell'energia).

Questa spinta centrifuga è poi favorita dalla sempre più stretta integrazione fra dottrina e professione. Questo collegamento c'è sempre stato ed è anche utile e necessario, per fornire agli studiosi quella conoscenza della realtà sociale prenormativa che, già nella metodologia tradizionale del diritto commerciale, è stata sempre indicata come presupposto indispensabile per compiere corrette operazioni interpretative²⁴. È anzi un carattere fondamentale della disciplina quello di professare un metodo che non muove dal testo

²³ Recente, autorevole conferma di questo prevalente orientamento di giuspositivismo critico, contrario alle tesi dei fautori della creatività giurisprudenziale, può leggersi in F. D'ALESSANDRO, *Il metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 401 ss.

Merita di essere segnalata anche la convinzione dell'a. – comune a tutti i più recenti interventi sul punto (fra cui P. MARCHETTI, *Sul metodo del diritto commerciale*, *ivi*, 439 ss.) – secondo cui le indicazioni di metodo che possono predicarsi per il diritto commerciale non hanno alcuna ragione peculiare alla disciplina, ma possono proiettarsi sull'intera dottrina giuridica.

²⁴ Si avvertono, però, segnali di perdita di questa consapevolezza della metodologia del tradizionale diritto commerciale (“scienza di osservazione”, secondo Vivante), come nel caso di diversi contributi dottrinali che hanno continuato a trattare i titoli di credito sulla base dell'esesesi delle fonti normative, senza considerare che, nella realtà socioeconomica, la funzione e l'uso di questi strumenti erano praticamente cessati. Cfr. M. LIBERTINI, *I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana. In memoria di Antonio Pavone La Rosa*, in *Rivista ODC*, 2017, n. 3.

normativo per adattarlo alla realtà, ma – per usare le parole di Ascarelli – muove dall’analisi della realtà socioeconomica per poi costruire una disciplina normativa della realtà volta a conciliare la “natura delle cose” (oggi diremmo, forse, l’efficienza economica) con una doverosa continuità con i testi normativi²⁵.

È anche vero, però, che questo collegamento intenso fra dottrina e professione comporta anche un continuo rischio di “cattura” degli studiosi da parte degli interessi particolari che essi sono chiamati a curare nella loro attività di avvocati e consulenti.

Già Ascarelli lamentava²⁶, a metà del secolo XX, uno scadimento deontologico della categoria, per il fatto che la produzione dottrinale era, già allora, costituita prevalentemente da scritti professionali in vario modo elaborati, e quindi nati come atti di parte, senza che gli autori avvertissero il dovere di dichiararlo.

Questa tendenziale “cattura” non pone solo un problema deontologico. Rimane ancora profonda e veritiera l’osservazione, sempre di Ascarelli, secondo cui l’esercizio della professione forense condiziona generalmente la mentalità del giurista accademico, per “*l’inevitabile importanza nell’esercizio professionale (e particolarmente e necessariamente in quello forense, con il suo carattere agonistico!) di quell’abilità polemica che invece insidia nel giurista la coscienza della portata delle rispettive premesse della soluzione e perciò il loro controllo*”.

Questo rischio si accentua proprio in connessione con l’affermazione dello specialismo e quindi con l’inevitabile collegamento privilegiato che si instaura fra gli specialisti di maggior talento e gli interessi più forti presenti all’interno di ciascun settore.

²⁵ Sulle attuali prospettive del tema del metodo del diritto commerciale v. da ultimo, oltre agli scritti *supra* cit., alla nota 23) la riflessione di C. ANGELICI, *In tema di metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 389 ss. A. individua come caratteri essenziali di questo metodo l’impiego della *Typuslehre* (intesa come esigenza di adeguata ricostruzione della realtà, come premessa delle costruzioni normative) e dell’impiego accorto dell’argomento comparatistico (in chiave, si direbbe, di ricerca dell’efficienza). Aggiunge poi che queste indicazioni di metodo non possono essere confinate all’interno della disciplina, ma si proiettano sul metodo giuridico in generale, per concludere con l’esigenza di avvio di un’opera di revisione dei paradigmi generali del diritto privato.

Direi, anticipando quanto sarà detto in conclusione, che queste indicazioni sono pienamente condivisibili e dovrebbero essere solo integrate con altre, complementari (a mio avviso: l’argomentazione per principi (con relativo approfondimento della discussione razionale su questi ultimi) e l’argomentazione orientata alle conseguenze (con relativa centralità della corretta analisi dei conflitti di interessi in gioco e l’impiego, come strumento prezioso ma non decisivo, dell’analisi economica del diritto).

²⁶ Nello scritto sopra citato alla nota 20.

5.10. Non vorrei esagerare in questa linea di giudizio. Infatti, anche nei tempi più recenti non sono mancati studiosi che hanno svolto con indipendenza e rigore una “critica del diritto”, erede della tradizione riformistica del diritto commerciale della prima metà del secolo XX²⁷.

Certo è però che non si avverte più da tempo (si potrebbe dire: dalla scomparsa di Tullio Ascarelli, avvenuta nel 1959; con qualche eccezione) quella tensione modernizzatrice verso l’operare dell’intera dottrina giuridica, e quell’orgoglio disciplinare, che avevano caratterizzato, dalla fine del sec. XIX, una stagione gloriosa della dottrina giuscommerciale italiana.

Questo ripiegamento si manifesta in diversi modi: la ridotta ambizione delle riviste giuridiche giuscommerciale, che hanno mantenuto un livello complessivo di alta qualità, ma hanno tutte praticamente rinunciato allo strumento della recensione, e quindi del dibattito dottrinale approfondito; l’accettazione, da parte dei cultori della materia, di uno smembramento della stessa sotto il profilo dell’organizzazione accademica (con l’autonomizzazione del diritto della navigazione e del diritto dell’economia); l’accettazione diffusa dell’idea che la disciplina non abbia una sistematica complessiva riconoscibile e si traduca nell’assemblaggio di discipline diverse, *lato sensu* riferibili ad imprese e mercati, ma non facilmente inquadrabili in principi e concetti generali; in connessione a quest’ultimo punto, un tacito ripiegamento rispetto all’ambizione generalista delle generazioni precedenti (sintomatico è il fatto che Francesco Galgano, che più di tutti ha rappresentato la continuità di quella ambizione²⁸, a sua volta seguendo l’insegnamento del suo maestro Walter Bigiavi, a un certo punto della sua carriera abbia abbandonato il settore disciplinare accademico del diritto commerciale, per passare al diritto civile).

²⁷ Penso, in particolare, ai contributi di Gastone Cottino, di Francesco Galgano, e di Guido Rossi, fino alla sua morte, avvenuta nel 2017. Questa linea è poi sostenuta, pur in una dottrina giuridica divenuta frammentata in diversi specialismi, anche dall’influenza della dottrina nordamericana, ove i profili *de iure condendo* sono spesso prevalenti.

Non si deve neanche trascurare la presenza di contributi in materia di teoria generale del diritto da parte di studiosi giuscommerciale (p.e. Denozza, Di Cataldo, Terranova, Visentini).

²⁸ Sulla poliedrica figura di G. v., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Galgano, i suoi “mestieri” e la lettura del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 31 ss.

Per vero, una forte ambizione generalista fu manifestata anche da Paolo Ferro Luzzi, con la sua teorizzazione di un diritto dell’impresa incentrato sul concetto di organizzazione e non sulle categorie tradizionali del diritto privato patrimoniale. In altre sedi ho segnalato come questo programma culturale – a mio avviso valido nella sua impostazione di base – sia stato poi indebolito da sviluppi teorici non condivisibili (in particolare: l’idea di abbandonare i concetti di soggetto e di fattispecie). Le idee di F.L., in ogni caso, sono rimaste confinate in un ambito culturale solo italiano.

Tutto questo è largamente compensato, nell'esperienza concreta dei cultori della materia, dall'importanza, grande e perfino crescente, della loro attività di consulenza e assistenza professionale. La tendenza alla frammentazione e alla specializzazione non è dunque percepita come un ripiegamento della disciplina rispetto al programma culturale che essa aveva concepito in precedenza²⁹.

5.11. Il quadro sopra abbozzato può sembrare contrastato da due fenomeni in controtendenza.

Il primo è costituito dalla teorizzazione della “nuova *lex mercatoria*”, cioè dalla rivendicazione di un ritorno, che sarebbe già concretamente in corso, a un diritto commerciale di formazione spontanea tendenzialmente universale, creato dagli stessi ambienti imprenditoriali (o, soprattutto, dalle *law firms* che li assistono). Questa linea di pensiero, diffusa a livello internazionale e rappresentata, in Italia, nella produzione dell'ultimo periodo di attività di Franco Galgano, è stata generalmente ridimensionata. A parte ogni rilievo di natura ideologica, essa ha un reale significato solo per un comparto, importante ma certamente non esaustivo, della disciplina delle imprese e dei mercati: quello del commercio internazionale e della giustizia arbitrale che a questo spesso si accompagna³⁰.

Per il resto, come viene illustrato ampiamente nel volume cileno sopra commentato, il diritto delle imprese e dei mercati è oggi investito da un processo alluvionale di produzione normativa, legale e regolamentare, proveniente da fonti formali multilivello. Queste regole talora inglobano contenuti di origine privata, ma comunque questi vengono generalmente tradotti in fonti formali. In ogni caso, il compito della dottrina giuridica viene spesso assorbito dall'esigenza di continuo aggiornamento dell'informazione in materia.

²⁹ Una manifestazione di questo fenomeno può vedersi nel recente volume di R. COSTI, L. ENRIQUES, F. VELLA, *Diritto commerciale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2019 (che contiene un'intervista dialogata che due allievi rivolgono a Renzo Costi, che oggi è, con pieno merito, uno dei più prestigiosi esponenti della disciplina). Nel libro si richiama correttamente la tradizione giuscommercialistica, ma in un senso continuista che non sembra tener conto degli aspetti critici che si è cercato di descrivere nel testo; e poi si afferma (p. 44) che “*il vero nuovo diritto societario [è] la disciplina del mercato finanziario (banche e mercato mobiliare), con le sue forti ricadute sul diritto societario e sulla disciplina dei contratti commerciali*”. Gran parte del volume è poi dedicata ad osservazioni (di grande interesse) sui temi accennati. Con ciò è implicitamente accettata una concezione ormai frammentata della disciplina. Per quanto la spinta verso la specializzazione sia generale nell'organizzazione della cultura contemporanea, mi sembra che il fenomeno non sia così accentuato in altri settori della cultura giuridica, caratterizzati da una tradizione generalista (penso, p.e., al diritto amministrativo).

³⁰ V., da ultimo, la pregevole trattazione di A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale. Fondamenti e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019.

5.12. Il secondo fenomeno in controtendenza è costituito dalle esperienze recenti, anch'esse messe in luce nel volume comparatistico cileno, alla ricodificazione del diritto commerciale.

Nel dare conto dei contenuti di quel volume, abbiamo notato come diversi autori manifestino apprezzamento verso le tecniche di codificazione in quanto tali, cioè intese nella loro funzione storica di strumenti volti a dare coerenza e razionalità a un insieme di discipline e a sostenere l'ulteriore compito di razionalizzazione svolto dalla dottrina giuridica.

Il punto merita attenzione: anche se si tocca un tema che non si potrebbe liquidare in poche battute, devono registrarsi i segnali di un'esigenza di costruire un diritto delle imprese e dei mercati (un "diritto dell'economia di mercato capitalistica", si potrebbe dire) costruito su principi chiari (a cominciare da quelli costituzionali) e articolato in concetti generali ordinanti³¹.

Da questo punto di vista, l'alternativa fra codice unico di diritto privato e codice di commercio separato, che tanto interesse suscitò in Italia nei decenni che precedettero l'unificazione del 1942, non sembra avere oggi un'importanza centrale. Questa discussione, secondo un'opinione che ho esposto in altra sede, vide contrapporsi, all'interno della dottrina giuscommercialistica italiana, due differenti strategie di espansione della disciplina: quella che puntava alla modernizzazione ("commercializzazione") dell'intero diritto privato mediante l'emanazione di un codice unico; e quella che vedeva il rischio di una "civiltà" del diritto commerciale, una volta che questo fosse stato inquadrato in un codice unico: da qui l'idea di mantenere un'ampia capacità di sviluppo della disciplina sotto l'egida di un codice separato (senza però arrivare a sostenere il mantenimento di una giurisdizione separata: l'abolizione dei tribunali di commercio, avvenuta nel 1889, non trovò opposizioni nella dottrina giuscommercialistica³²).

³¹ V. comunque da ultimo, sul tema, C. CASTRONOVO, *Il Codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1167 ss., il quale afferma che la codificazione risponde tuttora validamente ad una "esigenza di soluzione dei problemi giuridici che non voglia perdersi nel contingente quotidiano".

³² Ho segnalato in altra sede la coincidenza della data di abolizione dei tribunali di commercio con quella di costituzione della giurisdizione amministrativa speciale in Italia, con l'importanza decisiva che l'istituzione della giustizia amministrativa ha avuto nella costruzione di una importante dottrina autonoma del diritto amministrativo.

Il fatto si spiega perché l'istituzione di una giustizia amministrativa, se pur speciale, era comunque percepita come un allargamento della tutela giurisdizionale del cittadino rispetto alle precedenti esperienze di giustizia domestica, mentre i tribunali di commercio erano percepiti come un retaggio di un passato corporativo superato, sicché la loro abolizione, pressoché in tutta Europa, non fu seriamente contrastata neanche dai giuscommercialisti dell'epoca.

Oggi, a un secolo di distanza, in un mondo in cui la disciplina delle imprese e dei mercati ha preso il sopravvento (quantitativo e come peso specifico) nell'orizzonte complessivo del diritto privato, il problema di dare al diritto commerciale uno scudo protettivo costituito da un codice separato non mi sembra attuale. Il problema è piuttosto quello della possibilità di costruire in sede dottrinale – anche al di là delle divisioni disciplinari – una dottrina generale delle imprese e dei mercati, capace di indicare principi e concetti idonei a dare una cornice coerente alla miriade di regolazioni di settore.

Da questo punto di vista, è centrale il tema della tecnica di costruzione dei testi normativi, che oggi vede prevalere la tendenza a regolazioni minute e continuamente mutevoli. In effetti, anche una serie di testi normativi separati, purché costruiti con tecnica codificatoria, può fornire base per la costruzione di dottrine sistematiche unificanti, mentre un codice unitario, se derogato da una miriade di testi speciali di estremo dettaglio, poco aiuta in tal senso.

Per altro verso, dovrebbe oggi riconoscersi la superiorità del modello di codice unico, purché improntato alla valorizzazione delle peculiarità e della forza espansiva del diritto dell'impresa e dei mercati e sull'idea che le norme generali tradizionali di diritto civile patrimoniale hanno oggi, nel sistema, una posizione residuale e non quella di disposizioni di principio³³.

5.13. Possono formularsi allora alcune riflessioni conclusive, ancora incentrate, come nell'impostazione del libro curato da Birocchi, sull'esperienza italiana.

Anzitutto va ribadito che oggi la disciplina delle imprese e dei mercati copre una materia vastissima, quantitativamente molto più ampia di quella coperta dal diritto civile. Come rilevato da diversi autori sopra commentati (Embid Irujo, Caroni), non ha più senso continuare a qualificare il diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile.

Questa idea della specialità del diritto commerciale ha forti radici storiche, tanto da essere formalmente accettata anche oggi da giuscommercialisti auto-

Supra, nel testo, si è segnalata l'esistenza di una recente contropinta verso l'istituzione di giudici specializzati.

³³ Faccio solo un esempio, fra i tanti possibili: la norma dell'art. 2740 c.c., che fissa la regola dell'unità del patrimonio e della responsabilità patrimoniale generale del debitore, è stata tradizionalmente (ed è spesso ancor oggi) considerata norma di principio, con la conseguenza che patrimoni separati o autonomi e vincoli di destinazione patrimoniale dovrebbero considerarsi eccezionali nel sistema ed ammissibili solo in presenza di eccezioni tassative di legge. Un'evoluzione, che ha preso le mosse dal diritto dell'impresa, dovrebbe però portare oggi a riconoscere la normalità e l'efficienza dei vincoli anche unilaterali di destinazione patrimoniale, purché adeguatamente pubblicizzati, e quindi la possibilità di interpretazioni estensive delle norme che li prevedono, nonché il carattere residuale e non di principio oggi assunto dalla norma in questione.

revoli³⁴, e in Italia è forse più forte che altrove, tanto che da noi, con una terminologia che per fortuna non sembra trovare riscontro nelle esperienze di altri Paesi, si parla spesso (da parte di giuristi) del diritto civile come “diritto primo” e delle altre discipline (diritto commerciale compreso) come “diritti secondi”³⁵.

La concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile oggi non può essere mantenuta, non solo per il profilo quantitativo prima segnalato, ma soprattutto perché non ha senso considerare il concetto di impresa (ritenuto centrale nella disciplina commercialistica) come speciale rispetto a quello di individuo proprietario (centrale nella dogmatica civilistica classica). L'impresa non è un “individuo collettivo” o un super-individuo – anche se la tentazione di considerarla tale è frequente, nell'esperienza giuridica, con risultati molto discutibili³⁶ – ma un'organizzazione stabile, a scopo vincolato, nella quale diversi individui svolgono ruoli funzionali complementari. Perciò non è entità speciale, ma entità diversa rispetto all'individuo. La permanenza di una “parte generale del contratto” incentrata sull'atto di disposizione dell'individuo proprietario, con qualche deroga speciale per i contratti imputati

³⁴ Mi riferisco, in particolare, a P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in *Rivista ODC*, 3, 2015, che rivendica un primato attuale del diritto commerciale, con compressione degli spazi di vita sociale regolati da norme di puro diritto civile, ma infine riconosce che “al diritto commerciale debba riconoscersi il “primato” in termini di espansione regolatoria anche sui rapporti privati e, dall'altro lato, al diritto civile la funzione ordinante e razionalizzatrice del sistema attraverso i suoi propri paradigmi, principi, concetti, categorie, che tuttavia permanentemente si evolvono traendo proprio dal diritto commerciale”. Forse, nel ragionamento di M., in larga parte condivisibile nei suoi sviluppi interni, il rapporto attuale fra diritto civile e diritto commerciale non è concepito in termini di generalità/specialità (dato che egli afferma che il diritto generale si evolve soprattutto in funzione degli sviluppi del diritto commerciale), ma proprio ciò rende incoerente – a mio avviso – il riconoscimento al diritto civile, come partizione accademica, di una “funzione ordinante” sull'intero ordinamento.

³⁵ Sul tema, per posizioni favorevoli e posizioni critiche, v. *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaja, Giuffrè, Palermo, 2008.

A conferma di qualche difficoltà di rapporto fra le due discipline, può segnalarsi che chi ha proposto questa terminologia, in un suo recente e pregevole intervento (C. CASTRONOVO [nt. 31]), rievoca la storia del Codice civile del 1942 senza dare risalto al tema dell'unificazione dei codici, né alla tesi della c.d. commercializzazione del diritto privato.

³⁶ Questa tentazione si è presentata più volte nell'esperienza americana. Celebre è il caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), in cui la Suprema Corte dichiarò incostituzionale, per violazione del diritto di libertà contrattuale dell'impresa, una legge dello Stato di New York che poneva un limite all'orario di lavoro dei panettieri. Più di recente, altrettanto celebre (e sempre negativamente) è la sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), che ha affermato l'incostituzionalità di norme limitanti la libertà delle imprese di sostenere le campagne elettorali di determinati uomini politici, perché contrarie alle libertà di opinione delle imprese stesse.

ad imprese, è un anacronismo: continuare a predicare di una libertà contrattuale dell'impresa, circondata delle stesse tutele che merita la libertà dell'individuo che decide di disporre, o meno, dei suoi beni personali, significa solo fare cattiva giurisprudenza.

Così pure, i mercati odierni – si è già notato – non si riducono ad una serie di scambi individuali, ma sono organizzazioni complesse che disciplinano le attività di produzione e di collocazione dei beni delle imprese fino al livello del consumo finale: le norme antitrust non sono poste a tutela della libertà negoziale delle imprese, ma la limitano per evitare che sia impiegata a danno dell'efficienza complessiva dei mercati.

Questa situazione non induce al rilancio della formula della “comercializzazione del diritto privato”. Una parte del diritto privato deve continuare ad essere incentrata sull'individuo, i suoi diritti, le sue libertà, anche di disposizione dei propri beni. In questa prospettiva, la libertà contrattuale torna ad avere il suo ruolo centrale³⁷.

Il diritto privato attuale dovrebbe dunque essere pensato come un insieme di regole e principi così articolati e non certo come diritto civile trasformato dalla generalizzazione delle regole commerciali, ferma restando la *vis expansiva* e la possibilità di applicazione di queste ultime nel vasto campo della disciplina di imprese e mercati.

5.14. In questa situazione, presente e futuro di quella disciplina del diritto commerciale che si è costruita a livello accademico nel XIX secolo sembrano segnati da un'alternativa:

– o accettare definitivamente la frammentazione della disciplina in una serie di specialismi di alta qualità, come avviene già in molti Paesi (*Corporate Law, Banking and Finance Law, Competition Law, Intellectual Property Law, International Commerce Law* etc.); prospettiva probabile, e comunque dignitosissima;

– o riprendere e rilanciare la sfida lanciata più di un secolo fa dai fondatori della disciplina e concepire il diritto commerciale come una disciplina generalista, volta a delineare principi, norme e concetti generali del diritto delle imprese e dei mercati, costituenti parte integrante del diritto privato generale; e comprensiva anche (come avviene in altre discipline giuridiche, come diritto

³⁷ Per continuare con un esempio, direi che il *right of publicity* dell'individuo che decide di fare *merchandising* del proprio nome o della propria immagine merita di essere circondato di tutte le garanzie possibili a tutela della libertà del volere; lo stesso non può valere per i contratti di pubblicità stipulati dalle imprese che comprano o vendono spazi pubblicitari.

penale o diritto amministrativo) di una parte speciale, articolata per diversi settori economici.

Questa seconda prospettiva è poco probabile. Il nostro non è un tempo in cui alla giurisprudenza colta pervenga una domanda di grandi teorie da parte del potere pubblico (e tanto meno, ovviamente, da parte dei committenti privati). Il ripiegamento specialistico del diritto commerciale non è frutto di modesta qualità o di modeste ambizioni culturali dei suoi cultori, ma è un segno, fra i tanti, dell'evoluzione del diritto contemporaneo.

Ciò non toglie che il bisogno dell'azione razionalizzatrice delle dottrine giuridiche sia ancora attuale e sentito e, con ciò, la possibilità che una ripresa di vocazione generalista del diritto commerciale, in continuità ideale con il movimento di pensiero illustrato nel libro curato da Birocchi, possa essere riproposta dagli attuali cultori più giovani della disciplina, andando in controtendenza rispetto ai segni dei tempi che sopra richiamavo. Questo, malgrado tutto, rimane il mio auspicio.

Direi anzi, conclusivamente, che il punto non è quello della rivendicazione di un'autonomia della disciplina: il diritto delle imprese e dei mercati è comunque centrale nella vita contemporanea, ed è buona cosa che se ne occupino, come oggi correntemente avviene, anche cultori di discipline accademiche diverse dal diritto commerciale, come il civile o il costituzionale o l'amministrativo. Il punto centrale è quello di riuscire a professare, in una prospettiva generalista, una continuità di metodi di studio e un impegno costruttivo e riformistico del giurista, pari a quelli che avevano caratterizzato la grande stagione della dottrina giuscommercialistica italiana.