IMPRESA E SOCIETÀ

IL DIRITTO COMMERCIALE IERI OGGI

Diego Piselli

Unità 1

1. Cos'è il diritto commerciale.

Il diritto commerciale è la parte del diritto privato dedicata alla disciplina dell'esercizio di attività d'impresa da parte di singoli individui o di organismi sopraindividuali come le società, i consorzi e, oggi, anche organizzazioni senza scopo di lucro come le Associazioni e le Fondazioni.

Secondo una nota definizione il diritto commerciale è «*l'insieme delle speciali regole del commercio che, nelle diverse epoche storiche, la classe mercantile ha direttamente fondato o ha preteso dallo Stato*»[1].

Sono compresi nello studio del diritto commerciale argomenti come l'impresa, l'azienda, le società, i contratti d'impresa, i titoli di credito, i diritti di proprietà intellettuale e i segni distintivi.

Appartengono al campo di studio del diritto commerciale anche la materia della tutela della concorrenza e quella della disciplina dei mercati finanziari.

2. Storia del diritto commerciale.

Nell'epoca romana non esisteva un "diritto dei mercanti" distinto dal diritto generale dei privati (*ius civile)*, nonostante la civiltà romana conoscesse importanti relazioni e traffici commerciali: ripugnava, infatti, alla mentalità romana l'idea di un diritto "di classe" applicabile a un solo gruppo sociale (mentre in ogni caso in quell'epoca l'attività commerciale era asservita agli interessi della proprietà fondiaria e non esprimeva un ceto mercantile dotato di prestigio e influenza).

[1] GALGANO F., Trattato di diritto civile, Vol. I, pag. 76, Wolters Kluwer Italia, 2010.

In quell'epoca si ritrovano quindi solo discipline relative ai limiti al commercio o regolamentazioni dell'attività bancaria (va per esempio ricordata, per la sua importanza storica, la disciplina giustinianea dell'usura, che differenziava il tasso di interesse a seconda della qualità dei creditori, consentendo la percezione di interessi maggiori ai soggetti che finanziavano le attività più rischiose).

Nel vigore del diritto romano, comunque, un'applicazione elastica dello *ius civile* all'attività commerciale era assicurata dall'adattamento continuo del diritto ai casi concreti assicurato dai Pretori chiamati ad applicare la legge.

Dopo la lunga fase di stagnazione che fece seguito alla caduta dell'Impero Romano il diritto commerciale come ramo speciale del diritto ha iniziato il proprio sviluppo nel contesto della "rivoluzione commerciale" del Basso Medioevo e più precisamente, secondo quanto generalmente si ritiene, nel XII secolo.

In quell'epoca iniziò la crisi del sistema feudale e con essa l'ascesa della classe mercantile che fondò un diritto autonomo, frutto della consuetudine di mercato, la cui applicazione era affidata a una speciale giurisdizione.

Nel nuovo contesto economico i mercanti avevano necessità di figure negoziali e istituti specifici per i rapporti di commercio e procedure giudiziarie veloci e poco formalizzate.

Il "primo" diritto commerciale si formò, quindi, come creazione della classe mercantile all'interno degli spazi fisici e giuridici nei quali i mercanti avevano libertà di azione senza dover soggiacere a limitazioni, ossia le città e le fiere.

Il nuovo diritto dei mercanti si contrapponeva a quello comune dei cittadini non mercanti, ossia il diritto romano-canonico ovvero quello consuetudinario germanico.

Si trattava di un diritto dapprima applicabile solo ai membri delle corporazione che con il tempo vide estesa la propria efficacia a tutti coloro (anche se non mercanti) che entrassero in rapporti di affari con un mercante.

Le fonti del primo diritto commerciale erano:

- le consuetudini mercantili;
- gli statuti delle corporazioni dei mercanti e dei Comuni;
- le decisioni dei Tribunali mercantili;
- i "codici" marittimi;
- le usanze delle grandi Fiere Commerciali (come quelle della regione dello *Champagne*), luoghi privilegiati di scambio che divennero anche veri e propri "spazi giuridici" nei quali si sviluppavano, erano riconosciuti e tutelati nuovi tipi di rapporti contrattuali.

Il "primo" diritto commerciale aveva peraltro anche caratteristiche di universalità, perché destinato ad applicarsi in un mercato che oltrepassava i confini politici: si tratta di una caratteristica che da allora ha sempre accompagnato questo ramo del diritto.

Nel Medioevo si formarono quindi, per effetto di un processo osmotico di diffusione da un luogo all'altro, i precursori dei moderni istituti del diritto commerciale, come:

- il contratto di cambio (strumento di cambio di monete e di trasferimento virtuale del denaro da un luogo all'altro);
- la commenda (dalla quale la moderna società in accomandita), strumento per mettere in comune apporti di capitale e lavoro in vista di un viaggio per dividere in seguito gli utili che da quel viaggio saranno prodotti);
- l'assicurazione (contratto con il quale una persona assume il rischio di un'altra, obbligandosi a pagare una somma, determinata o determinabile, nel caso si verifichi

un sinistro; l'assicurato, da parte sua, si obbliga a pagare un corrispettivo del rischio assunto, chiamato "premio");

- la compagnia (dalla quale la moderna società in nome collettivo), evoluzione di originarie cointeressenze familiari di interessi;
- la procedura fallimentare e quella di concordato con i creditori.

L'applicazione del diritto dei mercanti era affidata a Tribunali Commerciali che operavano con modalità particolarmente veloci e scevre dal formalismo tipico del processo romano-canonico (nelle Corti inglesi si approntò per esempio una giustizia veloce *from hour to hour, from tide to tide, from day to day*).

Con il passaggio all'Età Moderna l'evoluzione del diritto commerciale è influenzata dai grandi mutamenti economici e politici allora in corso: le scoperte geografiche, la rivoluzione dei prezzi derivante dall'aumentato afflusso di oro e argento in Europa, la Riforma Protestante, il nuovo ruolo di Stati come Inghilterra e Olanda.

In un contesto nel quale il commercio era diventato davvero mondiale si ebbe quindi anche la creazione di nuovi strumenti giuridici per l'esercizio del commercio medesimo, come la Borsa e le Compagnie Coloniali, che presentavano i caratteri propri della moderna società per azioni (limitazione di responsabilità dei soci e divisione del capitale in azioni sulla base di concessioni dell'autorità statale conferite volta per volta).

Ha quindi inizio, nell'età moderna l'intervento dello Stato nella disciplina del diritto commerciale, che parte dal trasferimento della competenza giurisdizionale dalle magistrature corporativi a Tribunali statali e comunali (dedicati, però, esclusivamente alla materia commerciale).

Ha anche inizio in quell'epoca il processo di statalizzazione delle fonti di creazione del diritto commerciale, segnato in particolare dall'emanazione delle ordinanze francesi del 1673 sul Commercio e del 1681 sulla Marina.

L'evoluzione del diritto commerciale ha conosciuto poi un'altra fondamentale tappa nel diciannovesimo secolo, epoca in cui questo diritto è stato interessato dal movimento della codificazione, che ha portato a conclusione il processo di assorbimento da parte delle istituzioni pubbliche delle fonti di creazione del diritto commerciale.

Nel diciannovesimo secolo la *lex mercatoria* si statalizza convertendosi nei codici del commercio dei vari stati nazionali, il primo dei quali fu il codice francese del 1807, opera di grande respiro e di vocazione internazionale (si legge nei motivi del Primo Libro di questo codice che lo stesso era redatto secondo principi "adatti a tutte le nazioni commerciali in armonia con le grandi abitudini commerciali che abbracciano e sottomettono i due mondi".

In Italia il primo codice di commercio è del 1865. Una successiva versione è del 1882.

Con la codificazione napoleonica, peraltro, il diritto commerciale si è "oggettivizzato": la disciplina del codice di commercio, infatti, è stata estesa non solo all'attività degli imprenditori ma anche all'attività di chiunque, pur non essendo imprenditore, compisse una determinata operazione qualificabile come atto di commercio (acquisto per successiva rivendita, riporto, operazioni di banca, ecc.).

Anche dopo la codificazione, peraltro, il diritto commerciale è restato per lungo tempo in molti Paesi un diritto separato non solo sul piano della produzione normativa, ma anche su quello dell'applicazione delle norme, rimessa a un corpo di Tribunali autonomi e separati rispetto a quelli destinati a risolvere le controversie che non coinvolgessero commercianti o atti oggettivamente commerciale (in Italia i "Tribunali di Commercio" sono stati aboliti nel 1888 anche se la trattazione delle cause "commerciali" rimase sottoposta a regole differenti).

In quell'epoca, infatti, analoghi rapporti diritti erano regolati in maniera diversa a seconda che coinvolgessero o meno un commerciante: accanto al mutuo "civile" vi era quello "commerciale", così come vi era una "vendita civile", distinta da quella "commerciale" e, più in generale un "contratto commerciale" diverso da quello "civile" (il codice civile, per esempio, non regolava la formazione del contratto per corrispondenza e non prevedeva le obbligazioni in solido).

Il Codice di Commercio ha accompagnato la vita economica italiana quale fonte principale del diritto commerciale oltre la prima guerra mondiale.

In un mondo che andava cambiando e vedeva infittire le relazioni economiche internazionali, nel primo dopoguerra si sono accompagnate al Codice di Commercio regole speciali per particolari materie di grande rilevanza per l'attività d'impresa: la legge cambiaria, la legge sugli assegni, la normativa in materia di proprietà intellettuale e la nuova legge bancaria.

All'indomani della prima guerra mondiale hanno preso il via in Italia i lavori per la redazione di due nuovi codici, civile e di commercio.

Al momento della conclusione dei lavori delle Commissioni di studio i due codici furono, per la prima volta, unificati in un unico testo, denominato "Codice Civile", in vigore dal 1942, tuttora in vigore anche se poi aggiornato in diverse parti.

I due codici furono unificati sia ragioni ideologiche (ripugnava al Regime fascista l'idea di un diritto di classe) che nell'intento di risolvere i problemi creati dalla coesistenza di due fonti del diritto, dalla separatezza dei princìpi generali delle obbligazioni e dalla duplicazione dei contratti (vendita civile e commerciale, ecc.).

Di fatto l'unificazione ha determinato l'espansione anche nel campo "civile" delle regole generali del diritto commerciale.

Con l'unificazione, infatti, hanno assunto rilevanza generale i princìpi generali delle obbligazioni commerciali (in tema di conclusione ed esecuzione dei contratti, di

determinazione del loro oggetto, di solidarietà passiva tra coobbligati, di esclusione di termini giudiziari di grazia, di produttività di diritto degli interessi, di cessione dei crediti, ecc.).

Con l'unificazione, poi, sono state introdotte clausole generali (come quella di correttezza) di particolare rilievo nell'esercizio di attività economiche.

Questo mentre le regole originariamente proprie dei contratti "commerciali" sono state estese a quei contratti anche se stipulati tra soggetti non imprenditori (vendita e mandato).

Nel nuovo codice hanno trovato spazio e disciplina sia i contratti disciplinati nel codice di commercio che quelli creati dalla pratica degli affari e fino ad allora non regolati (contratti bancari, forme di vendita mobiliare, somministrazione, contratto estimatorio, contratti di agenzia).

Un esempio della rilevanza dell'impresa nel nuovo codice è dato per esempio dalla norma dell'articolo 1341 relativa alle "condizioni generali di contratto "praticate dalle imprese: esse sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contatto questi le ha conosciute o avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

3. Le fonti del diritto commerciale, oggi.

Negli anni '40, all'indomani dell'unificazione dei codici, le fonti del diritto commerciale erano costituite dal codice civile (ove la disciplina in tema di impresa e società, contratti commerciali e bancari, titoli di credito) nella legge fallimentare, nella legge bancaria, nella legge cambiaria e nella legge assegni.

Si tratta di fonti del diritto tuttora in vigore (anche se le legge bancaria è stata assorbita dal Testo Unico Bancario del 1993).

Nel secondo dopoguerra il diritto italiano dell'economia è stato, però, profondamente influenzato dall'adesione del nostro Paese alla Comunità Economia Europea (ora Unione Europea).

Le regole del diritto commerciale sono state quindi modificate e ampliate per effetto delle direttive comunitarie che, via via, hanno introdotto la disciplina uniforme di molti istituti di diritto commerciale come le società di capitali o la disciplina in materia brevettuale.

La disciplina delle società di capitali contenuta nel codice civile è stata, poi, profondamente innovata nel 2003 con la riforma portata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Oggi le principali fonti del diritto commerciale sono, oltre al codice civile: la Legge "antitrust" sulla tutela della concorrenza (l. 10 ottobre 1990, n. 287), il Testo Unico della Finanza (d lgs, 24 febbraio 1998, n. 58), il Codice delle Assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), il Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la legge sulla disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), il Codice della proprietà industriale (d. lgs.10.02.2005 n° 30) e la legge sulla responsabilità penale-amministrativa degli enti (legge 8 giugno 2001, n. 231).

Ciò mentre il diritto commerciale italiano è interessato dalla continua importazione di istituti giuridici sviluppatisi nella prassi del commercio internazionale, vera e propria nuova *lex mercatoria*.

FONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE:

→ codice civile;

→ la Legge "antitrust" sulla tutela della concorrenza (l. 10 ottobre 1990, n. 287);

→ il Testo Unico della Finanza (d lgs, 24 febbraio 1998, n. 58);

→ il Codice delle Assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209);

→ il Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206);

→ la legge sulla disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192);

→ il Codice della proprietà industriale (d.. lgs.10.02.2005 n° 30);

→ la legge sulla responsabilità penale-amministrativa degli enti (legge 8 giugno 2001, n. 231).

Per ulteriori approfondimenti:

- *Galgano F., Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale, ed. Il Mulino, 1998, CDD 346.0709 (Biblioteca Economia);*
- *Padoa Schioppa A., Saggi di storia del diritto commerciale, ed. LED, 1992, CDD 346.450709 (Biblioteca Economia);*
- *Ascarelli T., Corso di diritto commerciale, ed. Giuffré, 1962.*