

IMPRESA E SOCIETÀ DI PERSONE

(OMISSIS). Dall'entrata in vigore del codice civile del 1942 il diritto commerciale italiano non è più caratterizzato da fonti normative autonome. Esso non può quindi essere qualificato come ramo autonomo del diritto in senso formale, come invece avveniva nel sistema dei codici di commercio, modellati sul codice di commercio napoleonico del 1807, nel quale erano stati introdotti i principi di libertà del commercio affermati dalla rivoluzione francese: per l'Italia, il codice di commercio albertino del 1842, poi il codice di commercio del 1865 e infine il codice di commercio del 1882, per il quale (art. 1): "In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. In mancanza si applica il diritto civile".

(OMISSIS). La specificità del diritto commerciale nei codici di commercio non era rappresentata solo dall'autonomia delle fonti, ma derivava dal carattere stesso della materia, che affondava le radici nella civiltà comunale ed era caratterizzata dall'esigenza di flessibilità del diritto dei commerci, sensibili da sempre al variare delle esigenze sociali, dei dati economici, dei costumi e delle tecniche: da ciò il costante richiamo, sin dagli albori della civiltà dei comuni e delle città marinare, alle consuetudini del commercio. Proprio tale esigenza di flessibilità, espressa dal riferimento costante agli usi mercantili nei secoli nei quali il processo di codificazione non si era ancora manifestato, ha condotto, nella codificazione napoleonica e malgrado l'aspirazione a rappresentare il nuovo principio della esclusiva statualità del diritto, al riconoscimento della specifica fonte normativa nel diritto commerciale, costituita dalle consuetudini, autonoma dal diritto statale e solo recepita da esso.

La pienezza di autonomia della fonte rappresentata dagli usi mercantili veniva garantita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con l'affermazione che le norme consuetudinarie, affinché fossero applicabili nel modo più ampio a nuovi fenomeni e a nuove situazioni, erano suscettibili di analogia interna, prima di passare all'applicazione del diritto civile. Questo, nel sistema giuridico commerciale, aveva così portata residuale.

La codificazione civile del 1942 ha invece relegato l'applicazione degli usi normativi alle sole materie non disciplinate da leggi e da regolamenti (art. 8 pre-leggi). È quindi venuto meno per il diritto commerciale ogni generale richiamo agli usi, disposto solo per particolari istituti o contratti. È quindi venuta meno anche l'autonomia formale del diritto commerciale. Tuttavia non sono venuti meno il carattere proprio della materia e quindi la sua caratteristica qualificante di complesso di istituti e di norme orientati da valori e principi propri della materia commerciale e tali da formare un sistema all'interno del diritto dei privati.

Tale sistema è oggi centrato sull'impresa e sul mercato e costituito non solo da norme e istituti di diritto privato, ma anche dal diritto pubblico del mercato.

(OMISSIS). Il codice di commercio del 1882 conteneva (libro I) la disciplina del commerciante e degli atti di commercio, costituiti dalle operazioni che, se esercitate abitualmente, qualificavano il soggetto come commerciante e che, abolite le corporazioni mercantili con la necessaria iscrizione del commerciante nella *matricula mercatorum* (in Francia con la legge Le Chapelier del 1791), chiunque poteva esercitare con conseguente applicazione della disciplina commerciale. Nel codice erano disciplinate inoltre le società e le associazioni

commerciali (associazione in partecipazione, mutua di assicurazione); la cambiale e l'assegno bancario (regolati dal 1933, a seguito di convenzione internazionale, nell'attuale separata legge cambiaria); i contratti commerciali (vendita commerciale, riporto, conto corrente, mandato commerciale e commissione, trasporto, assicurazione, pegno e deposito nei magazzini generali); il commercio marittimo (regolato nel 1942 dal codice della navigazione) (libro II); il fallimento (regolato nel 1942 dalla legge fallimentare) (libro III); l'esercizio delle azioni commerciali e della prescrizione commerciale (libro IV).

Codice civile e codice di commercio erano caratterizzati da principi diversi e spesso contrapposti. Il codice civile era centrato, in una visione statica, sulla tutela della proprietà e, in particolare, della proprietà immobiliare; era quindi organizzato intorno all'istituto della proprietà, mentre successioni e contratti erano considerati e disciplinati come modi di acquisto o di trasmissione della proprietà. Invece il codice di commercio si fondava sul commerciante e sulle operazioni economiche ("atti di commercio") da lui abitualmente realizzate (art. 8) a scopo speculativo (operazioni economiche che, nel codice del commercio del 1882, comprendevano anche quelle di natura industriale: art. 3), quindi sul carattere dinamico degli atti del commerciante; era pertanto centrato sul contratto come atto di autonomia privata anziché sulla proprietà di diritto romano; sul carattere speculativo dell'attività commerciale e quindi sulla naturale onerosità dei contratti commerciali anziché sui principi di gratuità propri dei rapporti tra le persone disciplinati dal diritto civile; sulla scioltezza di forme e sulla flessibilità richiesta dai traffici commerciali ed assicurata dalla libertà contrattuale e dal ricorso agli usi anziché sul rigore delle forme, con la distinzione tra obbligazioni commerciali e contratti commerciali disciplinati nel codice di commercio e obbligazioni e contratti disciplinati nel codice civile 1865.

Infatti, con la traduzione in norme dei principi ispiratori degli ideali liberali, che avevano condotto alla eliminazione sia del sistema economico mercantile che delle istituzioni corporative, si era affermata la piena libertà di commercio, senza vincoli giuridici né intrinseci all'attività del mercante né esterni di mercato. In parallelo veniva riconosciuta la piena libertà di determinazione, fondata sulla volontà personale e sul libero consenso. Nella teoria generale del diritto civile, dovuta all'elaborazione sistematica germanica, si passava dall'affare (Geschäft) all'affare giuridico (Juristisches Geschäft), che, in lingua italiana, verrà espresso con il termine di negozio giuridico e che, nella materia civile centrata sulla proprietà, accomunava contratto, atto unilaterale e testamento come modi di acquisto e di trasmissione della proprietà, e, nella materia commerciale, fondava questa sul contratto, per l'esercizio dell'attività speculativa sia attraverso rapporti con i terzi, sia da parte di più persone legate tra loro da contratti di società o di associazioni commerciali.

Nella materia commerciale la libertà di commercio e di attività speculativa trovavano peraltro temperamento, con un originale punto di equilibrio, nella tradizionale presenza, anche per garantire la fluidità e la sicurezza dei traffici commerciali, dei principi di tutela dell'affidamento dei terzi e di buona fede, vincolante tradizionalmente al più alto livello ambedue le parti nei contratti *uberrimae fidei*, come l'assicurazione, in cui ciascuna parte doveva fare esclusivo affidamento sul comportamento dell'altra.

Il principio di buona fede trovava altresì massimo rilievo giuridico nel XIX secolo nella tutela della circolazione della ricchezza, in particolare del credito cartolare

nella cambiale (di lontana origine dalla civiltà longobarda con la lettera di cambio, originariamente di cambio moneta a distanza), di cui veniva garantito l'acquisto in buona fede anche se proveniente da chi non fosse creditore: prima attraverso la creazione dottrinale (Savigny) poi con l'Ordinanza cambiaria germanica del 1848. Occorrerà peraltro attendere il codice civile del 1942, che contiene una disciplina generale dei titoli di credito, per estendere in via generale il principio dell'acquisto in buona fede dal non titolare alla circolazione delle merci attraverso i documenti attestanti la loro consegna nei contratti di deposito e di trasporto (art. 1994), pur rappresentando il contratto di trasporto marittimo, insieme al contratto di assicurazione, uno dei primi esempi di contratti commerciali assistiti da documenti rappresentativi del rapporto (polizza di carico e polizza di assicurazione). (OMISSIS).

(Testo tratto da A. Gambino, *Impresa e società di persone*, vol. I, Giappichelli, 2019, p. 1 ss.)