SBOBINATURE DI DIRITTO COMMERCIALE

CORSO A

PROF. PINTO E DELLA TOMMASINA

A.A. 2018/2019

A CURA DI ALBERTI E BENOZZI

DIRITTO COMMERCIALE 27/02/2019

Cosa significa diritto commerciale?

Se andiamo a vedere questo sintagma "Diritto Commerciale" notiamo una discrasia evidente fra il significato che questa espressione ha nel linguaggio comune e invece il significato che assume nel pensiero della cultura giuridica. Questa parola assume nell'ambito giuridico, didattico e scientifico un significato diverso e se vogliamo più ampio rispetto a quello che uno penserebbe aprendo il vocabolario e interpretando questa espressione rispetto al linguaggio comune. Se ci limitassimo al linguaggio comune dovremmo dire che Diritto Commerciale richiami il commercio, quindi guardando il nome Diritto Commerciale, in base ad un criterio appunto basato sul linguaggio comune, dovremmo supporre che questa materia riguardi il diritto dei commercianti, cioè il diritto solo di una particolare attività produttiva e Cioè quell'attività tipica dell'intermediazione nella circolazione dei beni. In realtà dal punto di vista giuridico non è così, il diritto commerciale è infatti un nucleo di norme, basate su principi comuni diverse da altre materie, che hanno ad oggetto la disciplina di tutte le ATTIVITÀ PRODUTTIVE ORGANIZZATE AD IMPRESA. Non solo quindi le attività di intermediazione (il commercio), ma soprattutto le attività di produzione, purché caratterizzate da una particolare forma di produzione che è l'IMPRESA.
l'ART 2195 C.C. contiene la definizione di impresa commerciale o meglio di imprenditore commerciale. Questa norma qualifica come commerciale tutta una serie di attività elencate al primo comma dell'articolo 2195, fra queste attività commerciali non abbiamo solo l'intermediazione della circolazione dei beni di cui al numero 2, ma preliminarmente al numero 1 l'attività produttiva di beni o servizi. Quindi è evidente che il D.C. oggi non è il diritto del commerciante, oggi è il diritto di tutte le attività produttive organizzate ad impresa. Questo fenomeno dell'attività organizzata ad impresa è ritenuto meritevole di una disciplina speciale, una disciplina basata su principi e regole diverse da quelle stabilite dal diritto privato generale, sono fondate su criteri diversi perché diverso è il fenomeno. Queste regole dedicate al fenomeno dell'attività produttiva organizzata ad impresa sono il DIRITTO COMMERCIALE, nella versione dello statuto dell'impresa commerciale e nel DIRITTO DELLE SOCIETÀ.

Dobbiamo adesso affrontare 3 questioni preliminari:

1) Le ragioni del D.C.. Perché ogni stato evoluto dedica una disciplina speciale alle APOI? (attività produttive organizzate ad impresa)
2) La dimensione storica della disciplina
3) Le caratteristiche del sistema attuale

1) Per rispondere a questa domanda occorre uscire dall'ambito stretto del diritto. Perché occorre passare dalla teoria pura del diritto al fenomeno sottostante, cioè occorre capire la peculiarità del fenomeno impresa, cioè perché se evidentemente tutti gli stati hanno disegnato un diritto speciale per questo fenomeno un qualcosa di particolare l'attività organizzata ad impresa lo deve pur avere. Due autori americani hanno dato la risposta più convincente e più collegata alla realtà e sono **Ronald Harry Coase** e **Williamson**. Questi due autori hanno indagato in epoche diverse proprio l'essenza dell'impresa, cioè qual è quella peculiarità che caratterizza l'organizzazione ad impresa e l'hanno fatto, in origine COASE e dopo WILLIAMSON, contrapponendo l'impresa a un'altra istituzione del capitalismo che è il MERCATO. Perché l'impresa dovrebbe essere contrapposta al mercato? Quando si deve esercitare un'attività produttiva l'elemento organizzativo è un elemento fondamentale, cioè occorre organizzare i vari fattori che contribuiscono a questa attività. Questi fattori produttivi sono il lavoro, il capitale, il credito a cui si aggiungono creditori, fornitori e così via. Quando manca l'impresa nell'organizzare questi prodotti, dice Williamson, il coordinamento fra i vari fattori non può che avvenire in base al modello del mercato. Cioè per organizzare ed ordinare i fattori e organizzare appunto una attività in mancanza della organizzazione ad impresa, il legame fra i fattori produttivi è affidato al mercato. Affidato al mercato significa che è affidato al principio di libertà di ciascun titolare del fattore, un principio di libertà fondato sullo scambio e regolato da

un meccanismo che è tipico del mercato e dello scambio, che è il PREZZO nella contrattazione individuale. Quindi in mancanza di organizzazione ad impresa è necessario contrattare individualmente l'acquisizione volta per volta di tutti i fattori produttivi. C'è un punto però in cui questo meccanismo del mercato e della libertà di ciascuno inizia ad essere troppo costoso e quindi a non funzionare, per effetto dei così detti COSTI DI TRANSAZIONE. Quando il fattore p. diventa così essenziale per l'attività, per chi esercita l'attività il mercato diventa troppo costoso, la contrattazione individuale volta per volta implica costi eccessivi. A questo punto nasce l'IMPRESA, a sostituzione del modello del mercato, perché l'organizzazione ad impresa ha di diverso e di particolare rispetto al mercato il fatto di fondarsi non più sul principio di libertà, ma sul principio di gerarchia e autorità.
l'art 2086 del C.C. ci dice che l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente tutti i collaboratori. Sostituire una regola gerarchica che pone un soggetto a capo di una organizzazione, che acquisisce a priori fattori produttivi significa quindi eliminare i meccanismi di mercato e non dover contrattare ogni volta l'acquisizione dei fattori produttivi in base alla regola del prezzo. In questo senso l'impresa nasce quando finisce il mercato, l'impresa crea una organizzazione fondata su un principio gerarchico attribuendo all'imprenditore un potere unilaterale di svolgere una attività, incidendo unilateralmente su interessi che non sono più solo i suoi. Se c'è impresa c'è questa regola gerarchica e automaticamente insita all'impresa un potere, in capo all'imprenditore, unilaterale di gestire l'impresa adottando delle decisioni e delle azioni che inevitabilmente vanno a riflettersi su tutti gli interessi dei soggetti coinvolti nell'attività, quindi sull'interesse di soggetti terzi (creditori, lavoratori, mercato esterno).

IN SINTESI: quando si crea l'organizzazione ad impresa e viene meno la libertà tipica del mercato e nasce il potere unilaterale dell'imprenditore che incide sull'interesse dei terzi è evidente che questo fenomeno non è più un fenomeno di scambio interindividuale tra soggetti, ma diventa un fenomeno rivolto alla generalità. Il potere e l'azione dell'imprenditore e suscettibile ad incidere sull'interesse dei terzi, estranei ad un rapporto interindividuale con l'imprenditore. Questa caratteristica rende l'organizzazione ad impresa un fenomeno del tutto peculiare al mercato e allo scambio ed è la ragione fondante l'esigenza di dettare una disciplina speciale rispetto alle regole proprio dello scambio, che poi è il diritto commerciale.
il D.C. è un insieme di regole che servono tutte a disciplinare in vario modo, direttamente o indirettamente il potere dell'imprenditore e l'attività esercitata dall'organizzazione ad impresa; soprattutto nell'ottica di tutelare interessi esterni a quelli propri di chi dirige l'impresa. Sono principi nettamente diversi da quelli del D.P. proprio perché questo si fonda sull'idea dello scambio sul mercato interindividuale, mentre l'impresa è un fenomeno rivolto alla generalità.

ESEMPIO:

quando si compra un bene in un negozio è il negozio che si priva del bene, si stipula un contratto di compravendita. Tuttavia è il commesso che materialmente ci vende il bene e non il presidente della società. Se noi si applicasse a questo contratto di compravendita i principi del diritto civile in materia di rappresentanza. Il commesso dovrebbe avere una procura agire e rappresentare il presidente, ma noi non si richiede mai una procura ad un commesso perché esiste il diritto commerciale. Perché oltre ad una rappresentanza di diritto civile esiste una disciplina della rappresentanza del diritto commerciale che prescinde dalla procura.

qual è la ragione del D.C.? La risposta sta nel fatto che l'organizzazione ad impresa implica un potere gerarchico dell'imprenditore di dirigere un'attività che va ad incidere sull'interesse dei terzi. Di qui l'esigenza di dettare regole diverse.

2) la storicità del D.C. è un aspetto centrale di questa materia da comprendere, perché ci dà l'idea di come questa materia si è evoluta nel tempo, proprio dal punto di vista della sua impostazione. Dobbiamo vedere come questa materia è stata impostata nelle sue varie fasi dell'evoluzione, per arrivare a capire come è impostato il sistema attuale del D.C.. L'evoluzione del D.C. è connotata fin dalla sua genesi, nel basso

Medioevo, dall'alternativa fra due sistemi, per evidenziare proprio la differenza della fattispecie, del fenomeno regolato:

1) sistema oggettivo → prevede un insieme di regole che si applicano a prescindere dei soggetti, a chiunque tenga un certo comportamento in senso oggettivo.
2) sistema soggettivo → prevede un insieme di regole che si applica solo a predeterminati soggetti.

Questi 2 modelli di impostazione del D.C. si sono evoluti nel tempo. Il D.C. è nato nel basso Medioevo come un sistemo tipicamente soggettivo. Nato come sistema dedicato ai mercanti, cioè ad una particolare categoria di soggetti.
Questo insieme di regole si è iniziato a sviluppare proprio come insieme di regole che derogavano il diritto generale, dettate e create dalle corporazioni dei mercanti, erano state create proprio per far fronte alle esigenze del commercio. Crearono una magistratura speciale e anche un diritto speciale fondato sulla prassi nelle operazioni mercantili e poi recepito proprio negli statuti delle operazioni dei mercanti. Il D.C. nasce quindi come diritto speciale dedicato ai mercanti, speciale sia per giurisdizione (giudice speciale per regolare le controversie) sia per fonti perché la fonte del diritto dei mercanti non era il diritto dei mercanti, ma era gli usi e poi gli statuti delle corporazioni delle arti e dei mestieri.
Questo sistema di regole era tuttavia a base soggettiva, nel senso che si applicava solo alle relazioni soggettive tra soggetti qualificabili come mercanti, cioè coloro iscritti alle corporazioni delle arti e dei mestieri.
Questo sistema è crollato da fine 700 inizio 800, quando si è passato ad un sistema fondato su base oggettiva (Periodo in cui sono state abrogate le corporazioni). La definitiva caduta del sistema soggettivo lo abbiamo con le prime codificazioni del diritto civile francese e del codice di commercio. Per effetto di questi fenomeni si è passato ad un sistema oggettivo fondato sulla applicazione delle regole speciali del codice di commercio a chi teneva un certo comportamento ritenuto rilevante, cioè il compimento di atti di commercio. Così come in Francia anche in Italia si è scelto di tenere distinta la materia commercial e anche sotto il profilo delle fonti, in quegli anni la scelta fu di dotarsi sia di un C.C. (destinato a regolare la materia civilistica) sia di un CODICE DI COMMERCIO. Il primo codice di commercio del nostro sistema risale al **1865** (unità di Italia non ancora perfezionata) e soprattutto alla nuova edizione del codice di commercio immediatamente modificata nel **1882**. Questo è stato il codice che ha regolato la materia commerciale, a cui era affiancato il C.C., fino alla unificazione dei codici del **1942** (sistema attuale). Il codice di commercio del 1882 prevedeva per la materia commerciale un insieme di regole, che derogavano il C.C., con riguardo a 2 aspetti:

1) il diritto delle obbligazioni e dei contratti (cosa a cui oggi non siamo più abituati). Si fondava sul fatto che sul C. DI COMMERCIO del 1882 era previsto un insieme di regole dedicato ai contratti commerciali, diverse rispetto alle regole dedicate ai contratti del codice civile.
2) allo statuto professionale dell'attività commerciale. Sotto a questo il codice di commercio dettava una serie di regole che oggi costituiscono lo statuto dell'impresa commerciale, ovviamente con le dovute differenze ed evoluzioni (regole sulle scritture contabili, sulla pubblicità, sulle procedure concorsuali...).

Questi insieme di regole speciali che dettava il codice di commercio, sia quelli sui contratti commerciali, ma in particolare quelle sullo statuto dell'attività professionale, a chi si applicavano? Quale era la fattispecie che reggeva questa disciplina speciale nel codice di commercio nel 1882?
La fattispecie era definita dal ART 8 del C. di commercio in termini soggettivi, i commercianti e le società commerciali. In apparenza quindi anche il codice del 1882 era impostato in termini soggettivi, con riferimento sempre ai commercianti, tuttavia l'ART 8 dice che sono commercianti oltre che le società commerciali **"coloro che compiano abitualmente atti di commercio, come professione abituale"**. La fattispecie espressa in termini soggettivi ha in realtà una base oggettiva perché questo sistema già si applicava a chiunque tenesse un certo comportamento, cioè chiunque compisse atti di commercio per professione abituale.

Gli atti di commercio venivano invece definiti all'ART 7, che non era solamente gli atti strettamente commerciali, ma c'erano anche ulteriori possibili attività.
Dal codice di commercio del 1882 siamo passati alla unificazione dei codici del 1942. Questo percorso è stato un percorso lungo che ha iniziato a svilupparsi, anche nel pensiero della cultura giuridica del tempo, subito dopo l'approvazione del codice del 1882 che fin da subito era parso un codice un po' vecchio rispetto alla realtà sottostante.

TAPPE FONDAMENTALI, dettate dal pensiero espresso di alcuni giuristi, che hanno segnato il dibattito poi nell'arco di 60 anni ha portato all'unificazione dei codici, ma più che a questo ha portato a porre al centro del diritto commerciale l'impresa e l'attività organizzata ad impresa.
La PRIMA tappa sta nel pensiero di colui che è stato il padre del diritto commerciale moderno e cioè **"CESARE VIVANTE".** Nel 1892 tiene, all'università di Bologna, una prolusione nella quale è stato il primo a parlare di unificazione dei codici e a sostenere che il sistema fosse pronto per l'unificazione del diritto privato. la sua idea era motivata dal fatto che ormai gli istituti del diritto commerciale avevano invaso il diritto civile, cioè quelle che erano regole del diritto speciale, non erano più regole dedicate alla materia commerciale, ma erano state di fatto introdotte come regole generali. Secondo lui non ha più senso quindi tenere distinti i codici perché ormai il diritto privato è unificato per effetto di questa prevalenza dei fatti, che hanno avuto le regole dinamiche del diritto commerciale. Vivante dopo la prima Guerra Mondiale cambia idea e dice che è giustificato, alla luce dell'evoluzione dei fatti, mantenere distinti i codici, perché il diritto commerciale è un diritto dinamico con vocazione internazionale mentre il diritto civile è un diritto tipicamente conservativo, statico e con vocazione nazionale. Sulla base di ciò è stata elaborato un progetto di codice di commercio nel **1922** (dalla commessione presieduta da Vivante), che poi è stata ripresa da una successiva commissione ministeriale, presieduta da D'Amelio nel 1925. Questi progetti di riforma del codice non erano altro che piccoli aggiornamenti del codice.
culturalmente negli anni 20/30 c'è stato un passo decisivo verso l'evoluzione del nuovo sistema poi delineato dal codice civile, non tanto in funzione dell'unificazione dei codici, ma in funzione dell'introduzione del fenomeno dell'impresa come base del nuovo diritto commerciale. Questo passo decisivo è stato il pensiero di un giurista **"LORENZO MOSSA".** In una prolusione recepita poi nel **1927,** in un suo saggio critico sul progetto del nuovo codice di commercio, ha sostenuto un'idea rivoluzionaria. Sosteneva la necessità di tenere separati i codici, tuttavia l'originalità del suo pensiero era che la diversità della materia commerciale andasse fondata dal punto di vista della fattispecie, non su un elemento di per sé insignificante cioè l'atto di commercio, ma sull'**organizzazione ad impresa**. Questa presa di posizione fu oggetto di numero di critiche, ma in particolare fu criticato da **"ALBERTO ASQUINI"** che accusava Mossa di voler ritornare al sistema soggettivo medioevale. Negli successivi Asquini stesso è stato chiamato a redigere un progetto di riforma del codice di commercio. Asquini nel disegnare il nuovo progetto codice di commercio, presentato nel 1941 a Ministro GRANDI (Ministro di Grazie Giustizia), imposta questo progetto di riforma non più sul concetto di atto di commercio ma proprio sul concetto di impresa e di imprenditore. L'unificazione dei codici arriva per scelta politica imposta dal Ministro Grandi, che quando gli fu presentato il progetto di nuovo codice di commercio unitamente al progetto di nuovo codice civile impose l'unificazione per ragioni ideologiche del regime fascista. Di qui nasce il C.C. del 1942 che è l'unificazione del progetto di codice di commercio di Asquini fondato sull'impresa e il contemporaneo progetto del C.C..

master copy