



GIUSEPPE B. PORTALE

DIRITTO PRIVATO COMUNE E  
DIRITTO PRIVATO DELL'IMPRESA



1. Le note finali di alcune relazioni (Auletta; Franceschelli; Santini) mi convincono a comunicare il « taglio » che avrei prediletto se avessi dovuto preparare una relazione per un Convegno sui « cento anni dal codice di commercio ». Quelle relazioni, se ho ben compreso, ripropongono la questione della « specialità » del diritto commerciale, per dare ad essa una risposta positiva: anch'io, poco tempo fa, in un breve intervento ho parlato di tempi maturi per una presa di coscienza della necessità di una « ri-commercializzazione » (se si preferisce: di un recupero dell'autonomia) del diritto commerciale, sebbene resti l'obbligo di interrogarsi sulle direttive da seguire al proposito.

È stato detto che, a ben guardare, la « commercializzazione del diritto civile assume aspetti sfumati ed equivoci » (Santini). Aggiungerei che, stando alla prospettazione che di essa è data nella nostra manualistica, si finisce fatalmente con il passare da una « commercializzazione » del diritto privato ad una « civilizzazione » del diritto commerciale, senza rendersi conto che essa conduce, a propria volta, ad una mortificazione della capacità creativa di quest'ultimo. Ma diversi, in realtà, sono i segnali che provengono da un'analisi della letteratura specialistica di alcuni settori e dallo studio del diritto applicato. Essi fanno emergere, da un lato, l'esaurimento, per il momento, della fase di « commercializzazione » del diritto commerciale, inteso quest'ultimo non come presenza, nella disciplina codicistica, di una serie più o meno ricca di norme speciali destinate alla regolamentazione dell'attività commerciale, bensì — secondo un'idea di M. Libertini, vecchia ormai di più di dieci anni —, come diritto privato dell'impresa, che — seguendo lo sviluppo dell'economia — consenta di andare oltre la stessa codificazione, con la creazione di nuovi schemi, di nuovi concetti e con la costruzione di nuove discipline: « specialità », dunque, in senso forte.

Che questa tendenza sia da assecondare risulta dal riconoscimento sempre più ricorrente — anche nell'affrontare problemi

---

(\*) Testo registrato, con modifiche formali e aggiunte di riferimenti.



spesso considerati, dopo la codificazione del '42, tipicamente « civilistici » — del loro condizionamento dalla presenza dell'impresa. Questo si avverte, in primo luogo, nel campo della responsabilità civile, con tutti i nuovi capitoli che il tema presenta nelle società a sviluppo avanzato (responsabilità da prodotti, responsabilità da false informazioni e da « prospetto », responsabilità per concessione « abusiva » del credito, ecc.). Trovo sul punto assai significative sia le proposte — che hanno avuto pure eco, non importa qui se a torto o a ragione, in qualche decisione in tema di pagamento di titolo cambiario « non trasferibile » (ad es., Trib. Roma, 7 giugno 1980, Ventura c. Banca d'Italia, in *Foro it.*, 1980, I, 2018) —, di una generalizzazione della responsabilità oggettiva basata sul rischio o sui costi d'impresa, acquisendo il principio anche all'area della responsabilità contrattuale (si ricordino gli scritti di P. Trimarchi ed ora quelli di C. Castronovo, con modifiche non solo terminologiche), sia le proposte di quanti, malgrado l'ostentata resistenza ai tentativi di una generalizzazione integrale, suggeriscono regole complementari che pur sempre si discostano da quelle comuni (M. Compoti; G.B. Portale).

Trascurando le interessanti prospettive aperte dal diritto del commercio internazionale, analoghi spunti verso un diritto privato dell'impresa si riscontrano in altri importanti settori: mi limito a ricordare la materia dei contratti e quella dei titoli di credito. Quanto alla prima, più della frequenza con cui si parla di contratti di impresa, caratterizzati nella struttura e nel contenuto, o dell'esigenza di approntare tecniche di controllo delle condizioni generali di contratto, impressionano, ad esempio, le numerose decisioni e le numerose prese di posizione a favore di nuovi tipi contrattuali, quali il c.d. contratto autonomo di garanzia (« Garantievertrag ») o la c.d. fideiussione *omnibus* (sul primo, cfr. le decisioni in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, II, p. 181 ss., con nota di G. Grippo, e 1983, II, p. 110 ss., con nota di C. Angelici; sulla seconda: A. Bregoli): malgrado l'impronta fortemente « causalista » del nostro sistema, di fronte alla constatazione che « non esistono più grosse operazioni di commercio internazionale senza che sia necessario il rilascio di una garanzia bancaria [con clausola di 'pagamento a prima richiesta e senza eccezioni' (F. von Westphalen)] e che, pertanto, anche l'attività dei nostri operatori sui mercati esteri è fortemente condizionata da questo dato di fatto, credo che nessuno dubiti più seriamente della necessità, anche per

diritto italiano, di ritenere leciti tali contratti quando sono posti in essere da imprenditori (di solito, ma non necessariamente, banche e compagnie di assicurazione), non ostante che di essi si possa dire che sono contratti astratti (e questo nella sostanza è ora confermato dagli sforzi degli scrittori di lingua francese per dotarli di una « causa »: Vasseur), quanto meno secondo quel valore del termine « astrattezza » che « esprime l'indipendenza (della validità) dell'attribuzione dai vizi (mancanza o mancato avveramento) della sua funzione economica » (P. Spada; P. van Ommeslaghe; H. Coing: gli ultimi due con riguardo al negozio in discorso). Ed ugualmente non si dovrebbe dubitare, malgrado le giuste preoccupazioni che cominciano ad affiorare pure a livello giurisprudenziale per gli abusi del suo impiego (ad es.: Trib. Milano, 19 luglio 1982, Creditwest s.p.a. c. Fall. Duina s.p.a. in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, II, p. 219), della validità della fideiussione *omnibus* se il garante è un imprenditore (ad es.: una società capogruppo, o una società collegata), trattandosi di contratto che funziona, non diversamente dalle lettere di *patronage*, da moltiplicatore del credito, come non si è mancato talora di intuire. Quanto alla materia dei titoli di credito, basta richiamare, più che l'importante tentativo di impostarne in una prospettiva di « commercializzazione » l'intera teoria (F. Chiomenti), quello di risolvere la questione della creazione di titoli atipici contrapponendo un'« autonomia di impresa » all'autonomia privata individuale (Libertini, ripreso da Costi e, con rettifiche, da Pavone La Rosa).

Una siffatta direttiva, opportunamente coltivata, potrebbe portare ad importanti guadagni. Né dovrebbe essere difficile, a mio cauto giudizio, trovare ad essa un aggancio normativo addirittura nel principio dell'art. 41<sup>1-2</sup> cost. (e v., infatti, Pellizzi, in tema di accettazioni bancarie). Tale principio, se sfruttato in tutta la sua valenza positiva, *da un canto*, sarebbe probabilmente in grado di fornire la chiave per recuperare quell'elasticità del sistema delle fonti, che si assume perduta in conseguenza dell'unificazione dei codici, ridando l'antica forza normativa all'uso commerciale, soprattutto per consentire anche al nostro diritto di recepire nuovi modelli contrattuali elaborati dalla prassi internazionale, pure quando nei loro confronti una risposta dell'ordinamento, sulla base dei principi strettamente civilistici, risulterebbe a taluno dubbia o anche negativa; *dall'altro*, potrebbe giustificare



un'interpretazione riduttiva di regole, quale ad esempio quella della causalità dei negozi, che dovrebbero tuttavia restare fondamentali nell'area di operatività dell'autonomia privata individuale (emblematica, sotto entrambi i profili, si presenta la vicenda del contratto autonomo di garanzia: alla prassi del commercio internazionale, pur giudicando il primo su fattispecie « nazionale », si richiamano, tra l'altro, il Trib. Milano, 25 settembre 1978, Credito Italiano c. Le Assicuraz. d'Italia e Fall. CEI, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, II, p. 189, e l'App. Napoli, 22 gennaio 1982, Wiener Landes-Hypothekbank c. CEAM e Banco di Napoli *ivi*, p. 202).

2. La conferma della prospettata ipotesi di una « ricommercializzazione » del diritto commerciale come diritto privato dell'impresa è fornita dalle indicazioni provenienti da ambienti continentali vicini alla nostra tradizione. A parte la constatazione che nella maggior parte dei paesi con sistema dualistico continua ad essere profondamente radicato il convincimento « du particularisme du droit commercial » (per un quadro: W. Müller-Freinfels), restando ridimensionata al rango di modesta battuta l'affermazione (R. Wiethölter) che il « diritto commerciale esiste solo per alcuni giuristi (ad es.: gli studenti) », basta allo scopo ricordare: a) quelle dottrine della Repubblica federale di Germania le quali nel tentativo di trovare il criterio (materiale) discretivo del diritto commerciale — che dovrebbe anche servire per sciogliere il nodo della suscettibilità o no di applicazione analogica delle norme dell'*HGB* a rapporti « privatistici » —, trasformano questo in un « diritto privato dell'impresa » (*Unternehmensprivatrecht*), sostituendo (non ostante il ruolo che ad esso aveva pensato di assegnare il legislatore del 1897) l'antiquato « Kaufmannsbegriff » con il più moderno « Unternehmensbegriff » (v. i numerosi scritti di P. Raisch; per gli ultimi svolgimenti: K. Schmidt; E. Schwark); b) quelle testimonianze francesi che predicano il passaggio ad un autonomo « droit commercial ... sous forme de droit économique de l'entreprise », destinato a coesistere con il diritto civile « ou se confondra ce qui, dans l'ancien droit commercial des obligations, ne touche pas la production et la distribution sociale des richesses » (R. Savatier; altri richiami in R. Patry); c) l'atteggiamento della dottrina Svizzera — e cioè del paese che primo in Europa, secondo un comune detto, ha realizzato l'unità del

diritto privato, con il codice delle obbligazioni, del quale anche si celebra il centenario —, sul tema dell'autonomia del diritto commerciale. I nuovi scrittori negano convinti che il « codice unico » abbia prodotto la « commercializzazione del diritto civile », sebbene siano poi diversi gli orientamenti: da quello prevalente secondo il quale il legislatore del 1881 ha seguito una « ragionevole via di mezzo », con la conseguente difesa della c.d. teoria dell'« integrazione » reciproca del diritto civile e del diritto commerciale (H. Merz; R. Patry); a quello che propende con decisione per la « specialità » di quest'ultimo, dopo aver messo in guardia contro i pericoli della « commercializzazione » (E. Bucher); a quello, ancora, che si limita a rendere nota l'esistenza di un forte movimento volto a stabilire, per il tramite di una legislazione al tempo stesso di diritto privato e di diritto pubblico, una « relativa » autonomia del moderno diritto commerciale, specificamente nella misura in cui questo stabilisce regole di carattere professionale (K. Oftinger).

3. Un quesito finale. La recente epifania di varie tendenze « riformiste » in sistemi prossimi al nostro — in particolare: in Germania, con la progettata « rifondazione » del diritto delle obbligazioni; in Olanda, con la prossima entrata in vigore di un nuovo codice civile (per una prima informazione su entrambe le vicende: H. Kronke) —, se prova che, anche al di fuori dei paesi dell'area socialista, la codificazione resta ancora, malgrado il tanto parlare di « età della decodificazione », uno strumento a disposizione del legislatore della nostra epoca, d'altro canto impone di concludere chiedendosi se bisogna spingere per una « ricommercializzazione » completata con opere di grandi riforme, o se piuttosto ci si debba fermare a prendere atto che una « ricommercializzazione » del diritto commerciale come « autonomo diritto privato dell'impresa » sta già attuandosi a livello di diritto giurisprudenziale (*lato sensu* inteso). Personalmente non ho dubbi che questa seconda alternativa sia la più realistica e, comunque, la più consona alla storia e ai caratteri che, nei fluire di questa, il diritto commerciale ha sempre mostrato (\*\*).

(\*\*) Gli scritti di riferimento: A. BREGOLI, *Per un'« amministrazione controllata » della fideiussione omnibus*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, I, in corso di stampa; E. BUCHER, *Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung*, in



*Festgabe für A. Meier-Hayoz*, Zürich 1972, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979, pp. 162 ss. e 771 ss.; *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza* in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano 1978, p. 477 ss.; *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in S. MACCARONE e A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano 1981, p. 275 ss.; F. CHIOMENTI, *Il titolo di credito: fattispecie e disciplina*, Milano 1977, spec., pp. 173 ss. e 194 ss.; M. COMPORI, *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in S. MACCARONE e A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria*, cit., p. 21 ss.; H. COING, *Probleme der internationalen Bankgarantie*, in *ZHR*, 183, p. 129; R. COSTI, *La riforma delle Casse di Risparmio*, in *Giur. comm.*, 1982, I p. 462; H. KRONKE, *Progetti di una nuova codificazione del diritto delle obbligazioni nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 51 ss.; M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di crediti*, ed. provv., Milano 1971, p. 285 ss.; H. MERZ, *Das schweizerische Obligationenrecht von 1881*, in *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht - Le centenaire du Code des Obligations*, Freiburg (Schweiz), 1982, p. 17 ss.; W. MÜLLER-FREIENFELS, *Zur «Selbständigkeit» des Handelsrechts*, in *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübingen 1978, p. 583 ss.; K. OFTINGER, *Handelsrecht und Zivilrecht*, in *Schweiz. Jurist. Zeit.*, 1954, p. 162; P. VAN OMMESLAGHE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, relazione (ancora inedita) tenuta nel Convegno su «Les sûretés», organizzato dalla FEDUCI (Bruxelles: 20-21 ottobre 1983); R. PATRY, *Grundlagen des Handelsrechts*, in *Schweizerisches Privatrecht*, VIII, 1, Basel 1976, p. 17 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Titoli «atipici» e libertà di emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 718 s.; G.L. PELLIZZI, *Le accettazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 995; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricomercializzazione» del diritto commerciale*, in S. MACCARONE e A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria*, cit., p. 271 ss.; *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 3 ss.; P. RAISCH, *Vom Kaufmannsbegriff zum Unternehmensbegriff*, in *Festschrift für K. Ballerstedt*, Berlin 1975, p. 443 ss.; *Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato. 3. L'unità del diritto delle obbligazioni*, Padova 1974, p. 463 ss., ove il rinvio ai suoi precedenti scritti; R. SAVATIER, *Droit civil et droit commercial*, ivi, p. 532 s.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht<sup>2</sup>*, Köln-Berlin 1982, p. 39 ss.; E. SCHWARK, *Schuldrechtsreform und Bankvertragsrecht*, in *ZHR*, 1983, p. 241 s.; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 719; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, p. 34 ss.; M. VASSEUR, *Note a Cass. 20 dicembre 1982*, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1983, *Jurispr.*, p. 366 ss.; FR. VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg 1982, p. 31; R. WIETHÖLTER, *Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referententwurf eines GmbH-Gesetzes*, in *Probleme der GmbH-Reform*, Köln 1970, p. 37.

ALDO MAISANO

## IL MOVIMENTO DI RIFORMA DEL CODICE DI COMMERCIO A CAVALLO TRA I DUE SECOLI

### Sommario:

1. Motivi, ipotesi e prospettive di analisi del movimento di riforma del codice di commercio del 1882.
2. L'unificazione legislativa del regno e la mancata riforma della legislazione commerciale.
3. Lavori preparatori ed iter parlamentare del codice di commercio del 1882.
4. Impianto e profili generali del codice.
5. Studi, modifiche e progetti di riforma del codice di commercio dal 1886 al primo conflitto mondiale.
6. I progetti Vivante e D'Amelio.
7. Il movimento di riforma e l'evoluzione della cultura giuridica italiana tra il primo ed il secondo ventennio della unificazione nazionale.
8. Il movimento di riforma e lo sviluppo economico del Paese nell'ultimo scorcio del secolo scorso, a partire dagli anni '80.