

7 c. 190

RIVISTA

DEL

DIRITTO COMMERCIALE

E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

FONDATORI

ANGELO SRAFFA E CESARE VIVANTE

DIRETTORI

GIOVANNI B. FERRI
Ord. dell'Univ. di Roma

AGOSTINO GAMBINO
Ord. dell'Univ. di Roma

BERARDINO LIBONATI
Ord. dell'Univ. di Roma

PIETRO RESCIGNO
Ord. dell'Univ. di Roma

ANNO C (2002)
PARTE PRIMA



PICCIN NUOVA LIBRARIA S.P.A.
CASA EDITRICE DR. FRANCESCO VALLARDI

razione di fallimento è soltanto un guscio vuoto, rispetto al quale è inutile accanirsi con procedure di ristrutturazione.

Una riforma del diritto fallimentare dovrebbe invece garantire la possibilità per i creditori di ricombinare liberamente le attività produttive dell'azienda insolvente, al riparo dai tentativi di dipendenti e *management* di alterare l'ordine di priorità dei crediti e il potere di controllo sull'impresa. Iniziative a favore dei dipendenti dovrebbero essere assunte direttamente dall'intervento pubblico finanziato dal prelievo fiscale.

Al contrario, oggi il diritto fallimentare tende, più che a rappresentare una garanzia del funzionamento del meccanismo della «mano invisibile», a rientrare tra gli strumenti dell'intervento pubblico nell'economia. I legislatori dei vari paesi sembrano essere convinti che spetti alle autorità pubbliche affiancare al controllo decentrato dei creditori sulle imprese un controllo centralizzato. La disciplina della crisi d'impresa ripropone così sotto altre vesti il dibattito sulla possibilità e l'utilità di introdurre elementi di dirigismo in un'economia di mercato. Si tratta infatti di decidere se l'intervento pubblico debba essere sostitutivo o integrativo dell'attività dei privati. Ancor prima che Ronald Coase contestasse l'interpretazione tradizionale del ruolo dell'intervento pubblico rispetto ai fallimenti del mercato¹³², già Friedrik Hayek sottolineava la necessità di distinguere «tra una struttura normativa volta a fornire i necessari incentivi perché l'iniziativa dei singoli risponda ad ogni cambiamento e un sistema nel quale tali adattamenti sono forniti da un organismo amministrativo»¹³³.

PAOLO SANTELLA

to bring about effective change. We must ask why we cannot design systems that can adjust more continuously, and therefore more efficiently».

(132) Nel suo notissimo saggio *The Problem of Social Cost*, pubblicato sul *Journal of Law and Economics*, vol. 3, p. 1-44, 1960.

(133) F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1949, p. 135.

L'AUTONOMIA DEL DIRITTO COMMERCIALE *

SOMMARIO: 1. Premessa: la codificazione del 1942 e le opinioni della dottrina. - 2. Il codice di commercio. - 3. L'unificazione del diritto delle obbligazioni e le conseguenze sulla disciplina dei singoli contratti. - 4. L'esercizio dell'attività e la nozione di imprenditore; possibili profili pubblicistici. - 5. La giustificazione della perdurante autonomia e specialità del diritto commerciale alla luce non solo della disciplina positiva, ma anche della sua evoluzione storica. - 6. Il controllo pubblico sull'esercizio dell'attività economica. - 7. Il diritto dell'impresa e la forza espansiva del collegamento fra diritto privato e diritto pubblico riprova la perdurante autonomia e specialità della materia. - 8. Conclusioni.

1. La domanda a cui si deve cercare di dare una risposta nella lezione conclusiva del corso è se si possa ancora parlare ed in quale ampiezza e significato di *autonomia* e di *specialità* del diritto commerciale.

Al riguardo vi è stato un ampio ed acceso dibattito in coincidenza con l'emanazione del codice civile e negli anni immediatamente successivi, dibattito a cui hanno partecipato i più autorevoli commercialisti e nel corso del quale sono emersi in sostanza tre diversi orientamenti.

In verità il momento storico in cui è stato approvato e pubblicato il codice civile del 1942 non ha giovato all'esatto inquadramento del problema in quanto non è mancato chi ha sostenuto che si è trattato solo di un prodotto dell'ordinamento politico all'epoca vigente e che la stessa nozione di imprenditore doveva essere letta alla luce dell'ordinamento corporativo.

Più interessanti sono le altre due opinioni ed innanzi tutto quel-

(*) Lezione conclusiva del corso ufficiale, tenuta il 21 maggio 1997 nell'aula magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari.

Si è ritenuto opportuno pubblicare la lezione nel suo testo originario, nonostante il tempo trascorso, perché non si occupa dell'interpretazione di specifiche disposizioni normative (nel qual caso sarebbe sicuramente superata) ma si propone di verificare se ed in quale misura si possa dopo la codificazione del 1942 ancora parlare di autonomia del diritto commerciale.

la, per vero minoritaria, del Valeri, che ha sostenuto la perdurante autonomia e specialità della materia facendo precedere la sua indagine da una accurata analisi storica e proponendo l'emanazione di un nuovo codice di commercio, che non doveva però ricalcare quello del 1882 e che doveva invece essere imperniato sulla nozione di impresa e sulla più recente evoluzione dell'attività economica.

Esattamente opposto è il pensiero di chi, come ad esempio il Greco, ha affermato che con il nuovo codice sarebbe cessata l'autonomia del diritto commerciale dovendosi riconoscere che se ne poteva parlare solo a livello didattico, per fare salva la diversità dei relativi corsi universitari, e di specialità solo a proposito di alcuni istituti, ma senza particolari conseguenze.

Se ne è tratta la conclusione, da parte della maggioranza degli studiosi ed innanzi tutto del Ferri, che con l'unificazione del diritto privato non sarebbe cambiato nulla. Ad avvalorare l'anzidetta conclusione Ferri invocava la scarsa utilità se non addirittura la superfluità della nozione di impresa.

Il dibattito, se fosse continuato, avrebbe potuto essere particolarmente fecondo, lo stesso si è però rapidamente esaurito e, almeno in apparenza, non ha provocato alcun ripensamento dell'intera problematica. Infatti se si esamina oggi un qualsiasi trattato o manuale di diritto commerciale, anche il più recente, non si può non rilevare che nel redigere lo stesso viene sostanzialmente adottato un sistema che per comodità chiamerei vivantiano, in quanto nel determinare gli istituti giuridici da esaminare ricalca sostanzialmente l'impostazione del Vivante e però ignorando che nel frattempo la normativa è cambiata.

2. La materia commerciale prima del codice del 1942 era disciplinata da un apposito testo normativo e se è vero che già allora Vivante ne proponeva la revisione e la modernizzazione e che per effetto della c.d. commercializzazione del diritto privato regole peculiari dei contratti commerciali venivano utilizzate al di fuori del loro specifico ambito di applicazione, non solo restava pur sempre in vigore il codice di commercio, ma diversa era la logica dell'intero sistema.

Infatti l'art. 8 disponeva che sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, ragione per cui l'intero sistema ruotava intorno al compimento di atti di commercio.

Di qui varie conseguenze ed innanzi tutto quella che per alcuni contratti era dettata una speciale disciplina caratterizzata da una se-

rie di norme e di regole particolari; è quanto accadeva ad es. per la compravendita commerciale la cui regolamentazione era sicuramente diversa da quella dettata nel codice civile del 1865 per il contratto avente la medesima denominazione e che doveva perciò, *ratione materiae*, essere esposta ed illustrata dal commercialista. Altrettanto si doveva dire per il contratto di deposito, in quanto per quello commerciale erano sancite norme particolari che non trovavano sicuramente riscontro nel codice civile.

In quel codice anche la cambiale rientrava fra gli atti di commercio e vi erano contratti come il riporto, il conto corrente e l'assicurazione che non trovavano una corrispondente regolamentazione nel codice civile.

Non si poteva pertanto non riconoscere l'autonomia del diritto commerciale non solo scientifica ma legislativa.

3. Il codice del 1942 ha unificato nel libro IV il diritto delle obbligazioni e perciò la disciplina della compravendita nel nuovo testo normativo è oramai unitaria e non esiste più la distinzione fra il contratto civile e quello commerciale. La necessaria conseguenza è che l'esposizione ed il commento delle nuove disposizioni legislative deve fare e fa parte di qualsiasi manuale o trattato di diritto privato ed il pretendere di parlarne in un manuale o trattato di diritto commerciale costituisce una duplicazione di cui non appare agevole la giustificazione.

Altrettanto si deve dire per il contratto di deposito.

A loro volta la cambiale e l'assegno bancario, tipici atti di commercio, in seguito alla Convenzione di Ginevra ed all'emanazione del r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 e del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 hanno perso l'originaria peculiarità e sono diventati documenti utilizzabili da chiunque. Né si può tacere che le disposizioni sui titoli di credito contenute nel codice civile (art. 1992 ss.) hanno ulteriormente ampliato l'ambito di utilizzabilità di questi documenti ed hanno definitivamente eliminato la loro specialità.

Infine la disciplina dei contratti di riporto, di conto corrente e di assicurazione è contenuta unicamente nel libro IV.

Al riguardo una attenzione particolare va dedicata all'assicurazione, a proposito della quale, quando era ancora vigente il codice di commercio, Vivante aveva rilevato che era oramai anacronistico il contratto isolato in quanto per potere garantire il risarcimento dei sinistri era necessario ripartire il rischio fra una pluralità di assicurati, e perciò unificare tutti i premi pagati per rischi omogenei in una sorta

di fondo comune, c.d. comunione dei rischi; cionondimeno nel codice civile l'assicurazione è disciplinata nel libro IV e nelle norme relative non vi è alcun accenno alla presenza dell'impresa.

Ad analoga conclusione si deve pervenire per i contratti bancari così denominati proprio perché vengono abitualmente conclusi dalle banche nell'esercizio della loro attività.

Senonché, sembra difficile negarlo, se si fosse voluta subordinare la validità del contratto di assicurazione o di quelli bancari alla presenza dell'impresa sarebbe stato necessario elevare questo requisito soggettivo ad elemento essenziale, mentre nessuna norma del codice sancisce la nullità del contratto.

È innegabile che i contratti bancari e quelli di assicurazione vengono conclusi prevalentemente se non esclusivamente con banche e con assicuratori professionali ed è altrettanto fuori discussione che tutti gli altri contratti in passato rientranti tipicamente fra gli atti di commercio vengono ancora oggi normalmente stipulati da imprenditori commerciali nell'esercizio della loro attività professionale; e però di fronte a questa situazione si può veramente sostenere che l'ambito del diritto commerciale è rimasto sostanzialmente immutato, peraltro riconoscendo contemporaneamente che in tal caso, com'è stato autorevolmente rilevato, di autonomia della materia si potrebbe parlare solo a livello didattico e senza alcuna pretesa di rigore scientifico, o all'opposto si deve evidenziare che il compito del giurista non è quello di limitarsi a prendere atto della situazione di fatto, ma quello di interpretare e di applicare la legge dalla quale si ricava che è stata abrogata la speciale disciplina degli atti di commercio non solo perché il codice del 1882 non è più in vigore, ma perché è altresì cambiato il criterio di applicazione delle relative norme non più subordinate alla presenza di un commerciante.

La conclusione che se ne deve trarre è che in seguito alla scomparsa della distinzione fra contratti civili e commerciali a causa ed in conseguenza dell'unificazione, nel libro IV del codice civile, del diritto delle obbligazioni la relativa trattazione non fa più parte del diritto commerciale e però ci si deve contemporaneamente porre la domanda se la perdurante autonomia e specialità della materia non debba essere ricercata e ravvisata fermando l'attenzione unicamente sulle novità della più recente legislazione ed innanzi tutto dello stesso codice.

4. La constatazione da cui occorre prendere le mosse è che l'imprenditore individuato nell'art. 2082 costituisce il fatto nuovo della

codificazione del 1942 ed induce a fermare l'attenzione sull'esercizio dell'attività, intesa come insieme di atti e di contratti fra loro coordinati per il perseguimento di una comune finalità.

Nel sistema del codice rientra fra gli imprenditori non solo quello commerciale ma anche quello agricolo, in quanto esercente un'attività economica avente i requisiti di cui all'art. 2082, ma che è assoggettata ad uno statuto speciale perché si tratta di attività diretta a soddisfare bisogni primari dell'uomo.

D'altro canto l'art. 2083 include esplicitamente fra gli imprenditori, ancorché piccoli, il coltivatore diretto del fondo, l'artigiano, il piccolo commerciante ed altri che sono anch'essi sottratti all'applicazione dello statuto soggettivo dell'imprenditore commerciale non per il tipo di attività esercitata ma per le dimensioni dell'impresa.

A sua volta, poiché l'art. 2195 c.c. che disciplina le imprese soggette ad iscrizione nel registro delle imprese, e cioè le imprese commerciali, nella sua formulazione letterale coincide sostanzialmente con quella dell'art. 2082, la nozione di imprenditore commerciale deve essere individuata in via negativa, escludendo dalla definizione ricavabile dai nn. 1 e 2 dell'art. 2195 l'imprenditore agricolo ed il piccolo imprenditore, ed alla stessa si applica quello statuto soggettivo che era proprio del commerciante e che riguarda la disciplina della pubblicità, delle scritture contabili, dell'insolvenza e della capacità.

Inoltre all'unificazione del diritto delle obbligazioni, fa riscontro l'interesse per l'esercizio dell'attività che costituisce oramai l'unico oggetto del diritto commerciale e perciò la disciplina dell'impresa e dell'imprenditore, ed innanzi tutto di quello individuale, deve essere esaminata (cosa del resto ovvia) fermando l'attenzione non solo sulle norme del codice civile, ma anche su quelle di leggi speciali (e così ad esempio quelle sui segni distintivi e sulle privative industriali) e non ignorando istituti di recente regolamentazione.

Di fronte a questo complesso di disposizioni si deve verificare se, come si cercherà di chiarire anche in seguito, alla riduzione dell'ambito del diritto commerciale tradizionale, faccia riscontro un ampliamento di quella parte dello stesso che costituisce il diritto dell'impresa, come già intuito da Valeri e da Ascarelli, ed in questo quadro siano destinati ad emergere profili pubblicistici.

Al riguardo sono necessarie alcune precisazioni ed innanzi tutto va rilevato che la relativamente recente politica di privatizzazione di enti pubblici economici e di dismissioni di partecipazioni statali pur rappresentando una inversione di rotta rispetto a quanto era accaduto

to nei decenni immediatamente precedenti non è diretta a segnare un ritorno al liberismo ottocentesco perché al contrario si assiste all'introduzione di nuove forme di controllo statale, e così tra l'altro in tema di disciplina della concorrenza, nella previsione di nuove procedure concorsuali ed a proposito delle società quotate.

5. La giustificazione dell'autonomia e della specialità del diritto commerciale, anche perché non sembra destinata ad avere numerosi consensi, impone che la relativa indagine venga condotta fermando l'attenzione non solo sul diritto positivo, ma anche e contemporaneamente sulla storia, con una sorta di ritorno alle origini ed alla successiva evoluzione; si tratta in realtà di ripetere nozioni note, ma che è cionondimeno opportuno tenere presenti.

Il diritto commerciale si forma in seguito all'iniziativa delle corporazioni che, in contrapposizione al formalismo del diritto romano comune enucleano una serie di regole più duttili e più rispondenti alle esigenze della classe mercantile, regole che nel corso del tempo si affinano e si moltiplicano non solo per quanto attiene alle persone a cui sono applicabili, in origine ai soli iscritti alle corporazioni e successivamente a tutti i mercanti, anche se non iscritti, ma altresì per la relativa disciplina e per l'individuazione di nuove fattispecie contrattuali. Basta pensare ai problemi causati dal trasporto del danaro ed alla nascita ed alla successiva circolazione della lettera di cambio; ai rischi di eventi naturali ed umani a cui si andava incontro durante i trasporti, specie marittimi, ed alle prime forme di assicurazione; all'esercizio dell'attività in comune ed alla disciplina dei contratti associativi. Inoltre la giustizia era amministrata da tribunali speciali creati dalle corporazioni e nei quali erano giudici gli stessi mercanti, che peraltro nel pronunciare le proprie decisioni perseguivano l'interesse generale della classe mercantile anche sacrificando, se necessario, quello del singolo mercante.

La forza espansiva del diritto commerciale permane pur dopo la codificazione ed infatti non solo i codici napoleonici e quelli successivi, ma ancora il codice di commercio del 1882 è imperniato sulla nozione di commerciante inteso, lo si è già rilevato, come colui che compie professionalmente atti di commercio ma contiene altresì una regolamentazione dettagliata degli atti e dei contratti commerciali, che si differenzia nettamente da quella dettata per i corrispondenti contratti disciplinati nel codice civile.

D'altro canto la c.d. commercializzazione del diritto privato, e cioè la tendenza invalsa in dottrina ed in giurisprudenza, nel periodo

immediatamente precedente la codificazione del 1942, di applicare a rapporti patrimoniali disciplinati dal codice civile regole dettate per i corrispondenti contratti commerciali, se poteva essere vista come una anticipazione di quanto sarebbe accaduto col nuovo codice, non poteva in alcun modo incidere e non ha inciso sulla, all'epoca, perdurante separazione fra diritto civile e commerciale a causa ed in conseguenza dell'esistenza di separati testi legislativi.

L'unificazione del diritto delle obbligazioni ha comportato il ridimensionamento del diritto commerciale, ma la parte residua conserva l'autonomia e la specialità che aveva in precedenza ed a questi effetti il fatto nuovo è costituito dall'emergere della figura dell'imprenditore, che amplia con riferimento all'esercizio dell'attività economica l'ambito della materia non solo facendovi rientrare figure di imprenditori non commerciali, ma altresì arricchendo la disciplina dello stesso imprenditore commerciale.

6. In questa prospettiva si inquadra il discorso relativo al controllo pubblicistico sull'esercizio dell'attività economica al fine di verificare quale possa essere il ruolo dell'anzidetto controllo, e non tanto di quello spettante all'autorità giudiziaria, che è stato introdotto con la codificazione del 1882, quanto di quello esercitato sempre più di frequente dall'autorità amministrativa, che costituisce il fatto nuovo del diritto commerciale.

In verità un remoto precedente può essere ravvisato in quanto avvenne subito dopo la formazione degli Stati nazionali. Infatti all'epoca venne sancito che per potere costituire una c.d. compagnia coloniale e poi una società anonima era necessaria una apposita autorizzazione, che doveva essere concessa dal sovrano con provvedimento discrezionale ed insindacabile, autorizzazione che era ancora richiesta nel codice di commercio del 1865 e che venne eliminata nel codice di commercio del 1882 con l'affermazione del principio della libera costituzione dell'anonima e della società in accomandita per azioni e però a garanzia dei soci e dei terzi venne introdotto il summenzionato controllo attribuito all'autorità giudiziaria ed avente ad oggetto la verifica della conformità alla legge dell'atto costitutivo e delle sue modificazioni.

Va altresì precisato che mentre in origine si perseguiva lo scopo di limitare il potere delle corporazioni e più in generale di indirizzare le scelte in tema di esercizio dell'attività economica a quelle che erano ritenute, a giudizio discrezionale ed insindacabile della pubblica amministrazione, le più conformi ai suoi interessi, attualmente anche

se non è possibile negare un margine di discrezionalità, il controllo deve essere esercitato nel rispetto di disposizioni legislative, che disciplinano il rapporto e la sua validità ed efficacia e perciò sugli effetti della mancata concessione della prescritta autorizzazione.

La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) è stata istituita con l'art. 1 l. 7 giugno 1974, n. 216 (contenente la c.d. miniriforma del diritto delle società) allo scopo di realizzare una più ampia informazione del pubblico sulle vicende delle società quotate ed a questi effetti di ordinare agli amministratori di rendere noti dati e notizie ritenute rilevanti (art. 3, lett. *b*) e si ordinava nel successivo art. 4, lett. *a* e *b*, di comunicare alla Commissione il progetto di bilancio e le proposte di deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo, di emissione di obbligazioni e di fusioni, prima della riunione delle relative assemblee. Erano previste sanzioni amministrative a carico delle società e degli amministratori che non si attenevano alle disposizioni normative e però la funzione della Consob era diretta esclusivamente a realizzare ed a tutelare il diritto all'informazione.

Un primo ampliamento dei poteri della Consob si ha con l'art. 6 d.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, che in deroga agli artt. 2377, comma 2°, e 2379 c.c. attribuisce alla Commissione la legittimazione ad impugnare entro sei mesi la deliberazione di approvazione del bilancio certificato.

Un ulteriore passo avanti è costituito dalla l. 12 febbraio 1993, n. 149, in cui è sancito tra l'altro che la Consob può autorizzare deroghe al divieto di aumenti o di riduzioni del capitale sociale deliberati dopo il lancio di una offerta pubblica di acquisto (art. 7) nonché consentire modifiche delle condizioni dell'o.p.a. o ancora autorizzare l'acquisto di azioni proprie da parte di società che detenga una partecipazione rilevante, ma tale da non imporre il ricorso all'o.p.a. (art. 12).

Né si può tacere che i poteri della Consob sono ulteriormente aumentati negli anni immediatamente successivi, anche a causa della facoltà di autoregolamentazione alla stessa riconosciuta; né è prevedibile una inversione di rotta.

A sua volta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con l'art. 10 l. 10 ottobre 1990, n. 287, ha un ruolo non trascurabile nel controllo dell'esercizio dell'attività economica, avendo il potere non solo di individuare i comportamenti lesivi della libertà della concorrenza e di irrogare le relative sanzioni, ma contemporaneamente di autorizzare eventuali deroghe.

Né si possono ignorare gli ampi poteri di controllo sulle imprese esercenti attività bancaria spettanti alla Banca d'Italia (d.leg. 1° set-

tembre 1993, n. 385, contenente il t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia) e che concernono tra l'altro l'autorizzazione all'esercizio dell'attività (art. 14) all'acquisto delle partecipazioni (art. 19) ed alle fusioni ed in particolare a quelle fra le banche costituite in forma di società cooperativa e società per azioni (art. 31 e 36).

L'aver accennato alle fusioni suggerisce una ulteriore considerazione, riguardante la rilevanza che le direttive della C.E.E. hanno nella nostra materia e l'influenza che le stesse hanno avuto e hanno nella modifica e nell'ammodernamento del diritto vigente.

Attribuire un valore marginale alle anzidette disposizioni ed alle numerose altre sostanzialmente del medesimo tenore che si potrebbero invocare e continuare a sostenere che il diritto commerciale rientra esclusivamente nell'ambito del diritto privato è frutto di una concezione antistorica, in quanto trascura che nel corso dei secoli il diritto commerciale analogamente a quanto è accaduto per qualsiasi altra branca del diritto ha subito ricorrenti variazioni e non solo perché sono state modificate singole disposizioni normative, ma anche perché sono scomparsi, com'è a tutti noto, interi istituti giuridici e ne sono stati creati di nuovi ed inoltre perché si è assistito e già prima della codificazione del 1942 ad una frammentazione della materia facendo parte della stessa norme e regole che oggi costituiscono il nucleo del diritto internazionale, anche se si assiste e sotto altro profilo ad un ritorno all'internazionalizzazione.

7. La frammentazione si è ampliata con la codificazione del 1942 ed in relazione ad essa va riservata una particolare attenzione al sempre più ampio controllo della pubblica amministrazione sull'esercizio dell'attività economica ed alla necessità di apposite autorizzazioni per il compimento di determinate operazioni e perciò nell'incontro fra disciplina pubblicistica e privatistica.

In questa prospettiva il precedente, contemporaneo alla codificazione del 1942, è costituito dal codice della navigazione. È vero che in quel codice viene unificata nel testo legislativo la disciplina dei contratti e quella riguardante il profilo pubblicistico e però la novità e la specialità è costituita dalle norme di questo secondo tipo in quanto il codice di commercio disciplinava unicamente gli atti ed i contratti.

Per il diritto dell'impresa manca invece un testo legislativo unitario in quanto le norme in materia sono in parte contenute nel libro V del codice civile ed in parte in leggi speciali e però la frammentazione legislativa non costituisce, lo si ripete, un ostacolo alla unificazione sostanziale.

Né si tratta di un fenomeno isolato perché la presenza della banca, che non è un requisito di identificazione della fattispecie contratto bancario, che viene di solito concluso da una banca, ma che trova la sua disciplina unicamente nel codice civile e che può al limite essere concluso da chiunque, e se pure grazie ad una interpretazione estensiva o analogica di quelle norme, ha una rilevanza di mero fatto.

Di conseguenza la dottrina allorché ha ritenuto di potere e di dovere sostenere l'autonomia e la specialità del diritto bancario lo ha fatto fermando, e giustamente, l'attenzione unicamente sulla disciplina pubblicistica del credito.

Analogamente se è vero che già Vivante sosteneva che per garantire il risarcimento dei danni era necessaria la stipulazione di una pluralità di contratti per rischi omogenei in modo da consentire che i premi pagati da tutti gli assicurati concorressero a formare un patrimonio comune (c.d. comunione dei rischi) da utilizzare a questo scopo, si riteneva concordemente che la presenza dell'assicuratore non era richiesta né per la validità né per l'efficacia del contratto e che si trattava perciò di un mero dato di fatto.

Solo quando si è fermata l'attenzione sulla disciplina pubblicistica dell'attività assicurativa è stato possibile sostenere l'autonomia e la specialità del diritto delle assicurazioni.

Va aggiunto con certezza quasi assoluta che la specialità delle due materie menzionate per ultime anche in futuro riguarderà unicamente la disciplina pubblicistica, mentre per il diritto dell'impresa è auspicabile che si arrivi quanto prima a tradurre l'attuale unificazione sostanziale della disciplina privatistica con quella pubblicistica in una unitaria regolamentazione legislativa.

8. Le considerazioni finora esposte forniscono la dimostrazione del perché, come si è accennato all'inizio, non possono essere condivisi l'impostazione ed il contenuto di quei recenti manuali e trattati che ignorano le innovazioni legislative della codificazione del 1942 e nei quali si continua ad esporre la materia come se nulla fosse cambiato, ma contemporaneamente si sostiene che continuare a parlare di autonomia e di specialità del diritto commerciale è un falso problema e si prosegue fermando l'attenzione su norme ed istituti di diritto pubblico o internazionale che sono esaminati autonomamente, senza cercare un loro possibile criterio di coordinamento con la restante disciplina, non essendo sicuramente sufficiente a questi effetti la circostanza che gli stessi siano genericamente riconducibili ad altri tradizionali.

Non si ignora che il diritto commerciale, o come altro lo si voglia chiamare, possa nel corso del tempo modificare la sua ampiezza ed i suoi contenuti e perciò non comprendere più rapporti o istituti che in precedenza ne facevano parte o per altro verso ampliare il proprio oggetto; è però in ogni caso necessario individuare un criterio che unifichi la relativa disciplina e che è stato di volta in volta costituito dalle esigenze della classe mercantile e dall'autonomia delle corporazioni o dalla volontà di alcuni stati assoluti di controllare l'esercizio dell'attività economica allo scopo di indirizzarla al perseguimento dei propri interessi.

In questa prospettiva si è rilevato, e si perdoni l'insistenza, che l'unicità del testo legislativo realizzato con la codificazione del 1942 non poteva costituire un criterio per individuare l'ambito dell'estensione della materia dovendosi riconoscere che non è rilevante il dato formale, ma il profilo sostanziale e precisamente la fattispecie disciplinata; questo discorso diventa ancor più valido nel momento in cui non ci si limita all'esame della disciplina privatistica e si vogliono invece applicare norme di diritto pubblico e di diritto internazionale.

Ne consegue che occorre cercare un nuovo criterio ed a questi effetti si deve, lo si ripete, riconoscere da un lato che l'oggetto della materia si è ridotto non facendone più parte il diritto delle obbligazioni, a causa ed in conseguenza dell'unificazione della disciplina dei contratti civili e commerciali, ma che contemporaneamente si sono aperte nuove prospettive, in relazione al diritto dell'impresa, nel quale oramai si identifica l'intera materia e che manifesta la sua forza espansiva nell'incontro e nella compenetrazione fra diritto privato e diritto pubblico. È questa la ragione per cui si deve continuare a parlare di perdurante autonomia e specialità del diritto commerciale nel senso in cui la si intendeva ancora vigente il codice di commercio del 1882.

LUCA BUTTARO