

FERDINANDO MAZZARELLA

STORICISMO, REALISMO, SOLIDARISMO.
LA LEZIONE « EVERSIVA » DI CESARE VIVANTE

Estratto dal volume

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA

DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

52 (2023)

Isbn 9788828857648

FERDINANDO MAZZARELLA

STORICISMO, REALISMO, SOLIDARISMO.
LA LEZIONE « EVERSIVA » DI CESARE VIVANTE

1. Vivante e il Novecento. Questione di confini. — 2. Un Maestro riconosciuto. La fondazione della gius-commercialistica italiana. — 3. Un empirismo storico-scientifico. Non solo il *Trattato*. — 4. Per un diritto unico delle obbligazioni. La coerenza di una « conversione parziale ». — 5. Solidarismo e corporativismo. La via fascista alla socializzazione del diritto privato.

1. *Vivante e il Novecento. Questione di confini.*

C'è un filo rosso che collega Vivante al Novecento, un filo che intreccia le riflessioni pionieristiche di un giurista eversivo e le tensioni di un secolo destinato a cambiare il volto dell'Europa liberale ⁽¹⁾. La lunga vita di Vivante, dal 1855 al 1944, si distende equamente a cavallo tra i due secoli, ma lo sguardo del giurista veneziano è tematicamente e metodologicamente proteso verso le trasformazioni del Novecento ⁽²⁾. Vivante squarcia il velo dell'ipocrisia borghese e del feticcio codicistico, riconfigura l'orizzonte del giurista all'insegna del positivismo filosofico, traccia la strada verso un processo di rifondazione epistemologica che passa dall'inesorabile relativizzazione delle mitologie partorite dalla cultura illuministica.

Dagli anni Ottanta dell'Ottocento la sua voce si unisce al coro della civilistica neoterica, reinterpreta in chiave sociale il repertorio del diritto commerciale, ma scandisce in realtà più in generale i ritmi

⁽¹⁾ Ci si sente autorizzati a parlare di « eversione » anche da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 55.

⁽²⁾ Per la biografia, le opere e la bibliografia sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Vivante, Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. C, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2020, pp. 31-35.

di una nuova visione del diritto. Il suo itinerario riflessivo inizia nel 1881, con una monografia dedicata alla polizza di carico ⁽³⁾, proprio nel fatidico anno in cui prende corpo, grazie ai contemporanei interventi di Vadalà-Papale, Cimbali, Gianturco e Brini ⁽⁴⁾, la « nuova tendenza » della Scuola sociale ⁽⁵⁾. Ed è un itinerario che si annuncia fin dal principio gravido di conseguenze, di demolizioni funzionali ad altrettante ricostruzioni; un flusso crescente, che esprime tutta l'insoddisfazione per la pigra remissività con cui la scienza giuridica indugia nei ricami esegetici e nei proclami individualistici, mentre la società, riorganizzata su basi collettive, si allontana dall'idilliaca trama del diritto napoleonico e si contrae in un groviglio di lotte, antagonismi e contrasti.

Il Novecento è dunque il punto di arrivo, ma l'Ottocento è il punto di partenza di un'inquietudine che serpeggia tra una minoranza di giuristi eretici, che registrano lo scollamento tra le formule astratte della codificazione e le disequaglianze concrete della realtà sociale. I confini tra i due secoli sono in questa prospettiva molto più sfumati delle convenzionali linee della periodizzazione, i prodromi del Novecento già chiaramente visibili nelle germinazioni e nelle

⁽³⁾ C. VIVANTE, *La polizza di carico*, Milano, Hoepli, 1881.

⁽⁴⁾ G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, in « Archivio giuridico », 26 (1881), pp. 544-580; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, poi in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900², pp. 1-29; E. GIANTURCO, *Gli studii di diritto civile e la quistione del metodo in Italia* (1881), in Id., *Opere giuridiche*, Roma, Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881.

⁽⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », 8 (1883), poi Trani, Giovanazzo, 1883. Sui protagonisti, il metodo e i temi della « Scuola sociale » sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. La « nuova tendenza » di Giuseppe Vadalà-Papale*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 583-626; Id., *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 381-424; Id., *Per una preistoria del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Dalla Scuola sociale alla socializzazione del diritto privato*, in *Bürgerliches Recht in nachbürgerlichen Zeitalter. 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, a cura di D. Deroussin, M. Lohenig, F. Mazzarella, S. Wagner, vol. I, *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2022, pp. 143-189.

fibrillazioni dell'ultimo ventennio dell'Ottocento (6). La Grande Guerra come cippo di confine, come « vera fine del sec. XIX », secondo la suggestiva immagine di Ascarelli, vale a condizione di non farne, con un approccio evenemenziale, una rottura originaria (7). La Guerra suggellava la fine di un mondo in agonia, la scomparsa di « un intero mondo, il nostro mondo », come scriveva Joseph Roth ne *La Cripta dei Cappuccini* (8). Ma la guerra non creava la crisi, semplicemente la certificava. Accelerava una serie di processi già da tempo avviati. Avvalorava fermenti novatorii esplosi alla fine dell'Ottocento. Amplificava linee evolutive e tendenze culturali innescate dalla rivoluzione industriale e dalla rigenerazione positivista. Era un acceleratore, un detonatore, una tragica occasione per ripensare l'effettiva attualità di un ordine e per rimediare in fretta e furia agli scompensi esasperati dalla cruda realtà del conflitto.

La crisi era dunque in atto da quella « fine del sec. XIX » su cui anche Ascarelli metteva l'accento, attribuendo in realtà alla « prima guerra europea » 'solo' l'effetto di aver « più intensamente » sollevato « l'esigenza » di una disciplina delle attività economiche coerente con lo sviluppo dell'industrializzazione e della concorrenza (9). Era la stessa crisi che con strabiliante lucidità coglieva Santi Romano nella sua prolusione pisana del 1909, quando denunciava la palese contraddizione tra l'organizzazione dello Stato moderno, « del tutto deficiente [...] nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui », e il « collettivismo » del mondo economico, che moltiplicava in maniera prodigiosa le « organizzazioni delle varie classi », i fenomeni associativi e sindacali di una società sempre più distante dal « carattere atomistico » affibbiatole dal Codice (10).

(6) Illuminante, come sempre, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 3-40.

(7) T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 22.

(8) J. ROTH, *Die Kapuzinergruft* (1938), trad. it. *La Cripta dei Cappuccini*, Milano, Adelphi, 2008, p. 49.

(9) ASCARELLI, *Sviluppo storico*, cit., p. 22.

(10) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, in « Rivista di diritto pubblico », 1910, poi in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 14-23. Cfr., per tutti, i seguenti saggi di P. GROSSI: *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella*

È questo scarto tra un impianto normativo cucito a misura di individuo e una realtà sociale divisa in interessi particolari, questa « disarmonia » tra « leggi » ed « esigenze della moderna società »⁽¹¹⁾, a spiegare la catena di « insofferenze » che agita Vivante⁽¹²⁾. Collegate da un sincero realismo, le insofferenze di Vivante esprimono nel loro insieme un netto rifiuto per un'ideologia sospesa tra definizioni universali, travolgono una dietro l'altra, una in conseguenza dell'altra, le tante certezze sedimentate nella coscienza del giurista ottocentesco. Vivante non può digerire il panlegalismo della dottrina generale dello Stato, le astrazioni e le generalizzazioni della codificazione, il neutralismo tecnicizzante della cultura liberale, la soverchiante staticità della fonte legislativa, il formalismo dell'ideologia esegetica, le degenerazioni dell'individualismo e del volontarismo, il corporativismo del ceto commerciale.

Tutto questo secondo Vivante apparteneva a un mondo non solo scomparso, ma forse mai esistito, perché era il frutto di un'abbacinante visione prodotta dalla mente di un legislatore storico. Vivante aveva invece chiarissimi i problemi e le grandezze di una società industriale. Erano in lui già presenti i motivi e le consapevolezze della cultura novecentesca: il pluralismo sociale; la dimensione organizzata e collettiva dell'economia; le sperequazioni e le dinamiche conflittuali di una società di massa; lo strapotere societario delle oligarchie capitalistiche; la « minorità » contrattuale delle categorie deboli (lavoratori, donne, consumatori, risparmiatori); l'interventismo e il dirigismo dello Stato; la contiguità tra il diritto privato e il diritto pubblico; la comune sostanza tecnica e sociale del diritto civile e del diritto commerciale.

odierna crisi delle fonti; Il diritto tra potere e ordinamento; Ordinamento; ora tutti in Id., Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto, Milano, Giuffrè, 2006, rispettivamente pp. 143-162, 163-201 e 203-215. Per un quadro d'insieme F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 329-397.

⁽¹¹⁾ Come si legge nelle pagine introduttive al primo numero de « La scienza del diritto privato », 1893, vergate dai due Direttori Giuseppe D'Aguanno e Alfredo Tortori.

⁽¹²⁾ « Insofferenze », come suggerito da GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 52-53.

2. *Un Maestro riconosciuto. La fondazione della gius-commercialistica italiana.*

Già nel 1870 Ercole Vidari aveva sostenuto la necessità che il diritto commerciale si aprisse « una via da sé e tutta propria », rompendo la comune opinione che esso fosse un mero « satellite del diritto civile » e considerandolo invece la « disciplina giuridica di un certo ordine di fatti economici » (13). Il diritto commerciale aveva dunque guadagnato la sua autonomia scientifica e disciplinare, ma non aveva ancora assunto una precisa fisionomia metodologica e culturale.

Per Vivante il problema non fu mai dunque quello di liberare il diritto commerciale dal letto di Procuste del diritto civile (14). Egli avvertì invece l'esigenza di traghettare la scienza del diritto commerciale da uno stato di apatia legalistica al ruolo di forza propulsiva del progresso giuridico. La questione travalicava ovviamente i confini del diritto commerciale, ma fu naturalmente in questo campo, inteso in un'accezione ampia, aperta alle interconnessioni con il diritto civile, che Vivante mise a punto il suo indirizzo riformistico. Nel giro di un ventennio egli divenne l'indiscusso protagonista della gius-commercialistica italiana, il punto di riferimento di almeno due generazioni di giuristi, il fondatore di un indirizzo storicistico che attraverso grandi figure come Ascarelli, Mossa e Galgano, sarebbe giunto intatto alla pensosa schiera dei gius-commercialisti contemporanei (15).

(13) E. VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale colla Pubblica economia e col Diritto civile*, in « Archivio giuridico », 5 (1870), p. 93. Il primato di Vidari è stato ampiamente sottolineato dalla storiografia, talvolta anche con toni più 'generosi' di quelli qui adoperati: sul suo « manifesto » si vedano E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Padova, Cedam, 2018, e M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in « Orizzonti del diritto commerciale », 2015, 3, p. 2, n. 2. Su questo tornante cfr. E. MURA, *L'orbita di un « pianeta luminosissimo »*. *Verso l'autonomia scientifica del diritto commerciale*, e I. BIROCCHI, *Tra i due Codici. La giuscommercialistica italiana dopo il "manifesto" di Vidari (1870-1882)*, entrambi in 'Non più satellite'. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019, rispettivamente pp. 45-105 e 107-165.

(14) Anche perché, com'è noto e si vedrà oltre, Vivante avrebbe lungamente insistito nella necessità di unificare la disciplina delle obbligazioni civili e commerciali.

(15) Su questo lungo itinerario della gius-commercialistica italiana sia consentito rinviare, anche per la bibliografia relativa ai singoli autori, a F. MAZZARELLA, *The Italian*

Se per fondazione s'intende dunque non un casuale primato cronologico, ma un'autentica paternità spirituale, Vivante deve senza ombra di dubbio considerarsi il fondatore della gius-commercialistica italiana ⁽¹⁶⁾. L'unanime riconoscimento non solo dei suoi allievi diretti e dei suoi discepoli spirituali, ma di coloro che seguirono indirizzi alternativi o che furono addirittura suoi antagonisti, è la prova tangibile di un'indiscussa ascendenza ⁽¹⁷⁾. Come scrisse nel 1941 Mossa, Vivante fu, « in Italia e fuori d'Italia », il « capo riconosciuto della scuola italiana », il Maestro che « con un metodo preciso, con una intuizione ed una limpidezza di pensiero meravigliose », restituì « all'Italia la classica missione commercialista » ⁽¹⁸⁾. Vivante fu « il Maestro » che diede al diritto commerciale un nuovo « indirizzo scientifico », come chiosò Soprano nel 1934 ⁽¹⁹⁾. Il « Maestro », anche secondo l'allineato Asquini, « che ha dominato », « formato » e « guidato » per mezzo secolo « la scuola italiana del diritto commerciale » ⁽²⁰⁾.

Historiography on Commercial Law. Old Tendencies and new Perspectives, in « Études d'histoire du droit et des idées politiques », 27 (2020), *Pour une histoire européenne du droit des affaires: comparaisons méthodologique et bilans historiographiques*, sous la direction de L. Brunori, O. Descamps, X. Prévost, pp. 17-65.

⁽¹⁶⁾ Più che un « ri-fondatore », come ipotizzato da P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 12.

⁽¹⁷⁾ Oltre a Giuseppe Valeri, Ageo Arcangeli, Tullio Ascarelli, Alfredo De Gregorio e Antonio Scialoja, furono moltissimi i giovani discepoli che si riconobbero spiritualmente e metodologicamente nel magistero di Vivante. Tra i tanti, come emerge incrociando i ricordi di T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in « Rivista delle società », 1960, p. 7, e A. ASQUINI, *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, 1954, in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, Cedam, 1961, p. 14, si ricordano Luigi Tartufari, Arnaldo Bruschetti, Vittorio Salandra, Enrico Redenti, Vittorio Angeloni, Francesco Dominè, Roberto Scheggi e Antigono Donati, ma non può dimenticarsi il forte legame con Angelo Sraffa, evocato dallo stesso C. VIVANTE, *Discorso di ringraziamento in occasione delle onoranze a lui tributate per il 25° anno di insegnamento*, Università La Sapienza, Roma 2 febbraio 1908, ora in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 3 (2012), p. 42, e per suo tramite con Lorenzo Mossa e Mario Rotondi.

⁽¹⁸⁾ L. MOSSA, *La scienza e i metodi del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », 39 (1941), I, pp. 109-110.

⁽¹⁹⁾ E. SOPRANO, *Sul progetto Vivante per la riforma delle società anonime*, in « Il Foro italiano », 59 (1934), IV, c. 234.

⁽²⁰⁾ A. ASQUINI, *Cesare Vivante*, in « Rivista del diritto commerciale », 42 (1944), 1, p. 109, e Id., *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, cit., p. 6.

Anche per il distantissimo Rocco, conservatore e nazionalista, paladino dello statalismo e del formalismo dogmatico, Vivante andava obiettivamente considerato il « principe dei commercialisti italiani » (21). Un principe con un interminabile seguito di accoliti e proseliti. « La immensa maggioranza degli odierni commercialisti italiani, salvi i pochissimi che gli sono coetanei o maggiori di età » — spiegava infatti Rocco — furono « effettivamente o spiritualmente discepoli del Vivante. Non è dunque far torto a nessuno il chiamare Cesare Vivante il più grande commercialista italiano vivente » (22). Era una consapevolezza diffusa già nei primi anni del Novecento, anche tra i grandi civilisti come Chironi, che scorgeva in Vivante « un ingegno » immerso nella « ricerca storica », un « indagatore » rigorosissimo « dei fatti e dei rapporti », un « collegatore sapiente degli istituti speciali » e uno « scrutatore acuto » del rapporto tra fatti economici e posizioni giuridiche (23). Un Maestro nella cui opera, mai chiusa « nei termini della legge » e sempre proiettata verso l'« avvenire » di un « diritto commerciale » stretto al « diritto privato generale », risplendeva il rinnovamento della « scienza giuridica italiana » (24).

3. *Un empirismo storico-scientifico. Non solo il Trattato.*

Il messaggio metodologico di Vivante fu dirompente, pienamente avvertito nella sua portata eversiva e nella sua capacità di rilanciare una via tutta italiana, che si smarcasse tanto dalla stagnazione esegetica quanto dal dogmatismo pandettistico: un metodo « nazionale », ma non « nazionalistico » (25); « una scuola di diritto non più francese o tedesco, ma schiettamente ed essenzialmente italiano », come attestano le testimonianze espresse in occasione del suo venticinquesimo anno d'insegnamento: il suo « metodo » non si

(21) A. ROCCO, *L'opera scientifica di Cesare Vivante*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1931, p. XI.

(22) *Ivi*, p. XVIII.

(23) G.P. CHIRONI, *Il Diritto Commerciale e gli studi del Prof. Cesare Vivante* (1907), in *Id.*, *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1914, p. 95.

(24) *Ibidem*.

(25) ASCARELLI, *La dottrina commercialistica*, cit., p. 4.

accontentava « della meccanica interpretazione della legge » — scriveva Navarrini nel 1908 sulla « Rivista coloniale » (della quale Vivante stesso era condirettore) — « ma spinto dallo spirito critico » attribuiva alla « dottrina » e alla « giurisprudenza », attraverso « indagini storiche », « economiche » e « positive », il potere e il dovere di realizzare « il progresso giuridico » e di sviluppare « un testo incessantemente vivente » (26).

In un clima egemonizzato da remissività esegetiche e astrazioni pandettistiche, Vivante chiedeva al giurista un salto culturale, richiamandolo a due essenziali dimensioni della realtà, quella storica e quella economica, che altro non erano se non l'espressione di una visione sociale, presente fin dall'inizio del suo itinerario riflessivo. Nel 1882 l'emanazione del nuovo Codice di commercio era l'occasione per avviare un discorso sulle fonti, quanto mai necessario per diradare la cappa legalistica che egli intravedeva intorno alla cultura giuridica. Gli « usi mercantili », che in base al nuovo art. 1 precedevano nella gerarchia delle fonti il Codice civile, seguivano « un movimento libero, rapido, cosmopolita, come il commercio, da cui sorti sono e che devono disciplinare » (27). Vivante ne coglieva la vitalità in contrappunto alla legge, rilevando come il loro « impero » si estendesse « quanto più la legge diviene incompleta, rimanendo immobile in mezzo alla continua evoluzione dei fatti economici » (28). I giudici giuocavano in questo quadro un ruolo cruciale: « veri periti del diritto consuetudinario », essi avrebbero dovuto coglierlo « nella pratica ancora palpitante di vita », conoscerlo e applicarlo alla stregua del « diritto legislativo » e di « quello scientifico » (29).

Proprio lo scienziato, impegnato nell'interpretazione del presente e nella progettazione del futuro, avrebbe dovuto essere il protagonista di questo processo di riscrittura sociale del diritto. L'osservazione della realtà proiettava il giurista nella dimensione storica e in quella economica degli istituti. Nel 1883, scrivendo il

(26) U. NAVARRINI, *L'opera scientifica di Vivante*, in « Rivista coloniale », 3 (1908), p. 5.

(27) C. VIVANTE, *Gli usi mercantili*, in « Archivio giuridico », 29 (1882), p. 254.

(28) Ivi, pp. 253-254.

(29) Ivi, p. 261.

quinto volume del *Codice di commercio commentato*, da lui curato insieme a Bolaffio, Vivante iniziava la disamina del contratto di assicurazione ricostruendone in primo luogo « lo sviluppo storico » e indagando le forme economiche che riflettevano nella loro « evoluzione storica l'influenza dei tempi ora dispotici e repressivi, ora liberi e avventurosi »⁽³⁰⁾. Due anni dopo, nel volume su *Le assicurazioni terrestri*, egli spiegava che « tutto quel po' di buono e di nuovo » che aveva compreso lo doveva « agli studi storici », che gli avevano permesso di « sceverare il diritto ancora vivo e operoso, da quello che conserva soltanto un valore di erudizione »⁽³¹⁾. Il « metodo storico » era la chiave di volta per impadronirsi dell'intima essenza di un istituto, lungo una linea evolutiva che si distendeva senza soluzione di continuità fino ai territori della contemporaneità, da esplorare attraverso l'« osservazione dei fatti » e la « conoscenza pratica degli affari »⁽³²⁾. Una tensione tra passato e presente stemperata dalla vita, che costituiva, in un'ottica schiettamente positivista, il vero oggetto scientifico del sapere giuridico.

Nel 1893 usciva il primo volume del *Trattato di diritto commerciale*, l'opera che avrebbe consacrato l'autorità di Vivante e che la dottrina e la storiografia hanno considerato spesso come l'atto di fondazione della gius-commercialistica italiana⁽³³⁾. L'anno segna

⁽³⁰⁾ C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, del deposito di merci e derrate nei magazzini generali*, in *Il Codice di commercio italiano commentato coi lavori preparatori, con la dottrina e la giurisprudenza*, vol. V, Verona, Drucker & Tedeschi, 1883, pp. 6-8.

⁽³¹⁾ C. VIVANTE, *Il Contratto di assicurazione*, vol. I, *Le assicurazioni terrestri contro i danni dell'incendio, del rischio locativo, del ricorso dei vicini, della grandine, dei trasporti, dell'insolubilità*, Milano, Hoepli, 1885, p. V.

⁽³²⁾ Ivi, pp. V-VI. Determinante, per l'impostazione storicistica di Vivante, l'influenza di Schupfer e Goldschmidt: cfr. MAZZARELLA, *Vivante*, cit., p. 31.

⁽³³⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *Le persone*, Torino, Bocca, 1893. Cfr. in particolare M. STELLA RICHTER JR, *Cesare Vivante e il "mito di fondazione della scienza del diritto commerciale"*, in « Rivista del diritto commerciale », 112 (2014), I, pp. 523-540. Ma già per A. DE GREGORIO, *Cesare Vivante*, in « Rivista di diritto privato », 14 (1944), p. 150, il *Trattato* era, per « il modo di impostazione e di svolgimento delle varie questioni di diritto commerciale », « una fonte inesauribile di ammaestramento » e « una guida luminosa », mentre per ASQUINI, *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, cit., p. 10, esso era l'opera che costituiva « il viatico fondamentale per gli studi del diritto commerciale » e

una coincidenza singolarissima con l'apparizione del primo numero de *La scienza del diritto privato*, una delle riviste più audaci della civilistica neoterica ⁽³⁴⁾. Il *Trattato* costò a Vivante una fatica immensa. Approdato nel 1888 all'Università di Bologna, Vivante visse, come avrebbe ricordato il 2 febbraio del 1908 nel discorso di ringraziamento tenuto in occasione del suo 25° anno di insegnamento, « una vita quasi claustrale » ⁽³⁵⁾, un decennio di 'schiavitù' ⁽³⁶⁾, concluso nel 1902 con la pubblicazione dell'ultima parte del *Trattato* ⁽³⁷⁾.

Nel primo volume del *Trattato* le fondazioni del metodo vivantiano appaiono ormai saldamente infisse in una concezione dalla fisionomia ben definita. Un empirismo scientifico, impregnato di venature positivistiche e sociologiche. Vivante faceva del diritto una « scienza di osservazione », rivolta alla vita nelle sue tre dimensioni del passato, del presente e del futuro ⁽³⁸⁾. Immergeva il diritto nel terreno dell'esperienza, ricostruendo gli istituti lungo « il filo storico del loro svolgimento » e studiando « la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche » ⁽³⁹⁾. « Polizze » e « tariffe », « statuti » e corrispondenze fornivano i dati per impostare uno studio sull'assicurazione ⁽⁴⁰⁾; « contratti » e « patti », « statuti di società anonime » e bilanci quelli per elaborare una disciplina per i vari tipi delle società commerciali ⁽⁴¹⁾. Il diritto scaturiva dai fatti economici e sociali, che entravano massicciamente

che incarnava « la formazione italiana ed europea del nostro diritto commerciale ». Sul *Trattato* si leggano le notazioni ancora una volta esaustive di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 51-57, e ID., « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 65-71.

⁽³⁴⁾ GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 65-66.

⁽³⁵⁾ VIVANTE, *Discorso di ringraziamento*, cit., p. 41.

⁽³⁶⁾ Si espresse in questi termini lo stesso C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Torino, Bocca, 1902², p. IX, annotando all'inizio della *Prefazione* di « essere stato per dieci anni lo schiavo di questo trattato ».

⁽³⁷⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, parte II, *Il Trasporto ferroviario* — *La prescrizione*, Torino, Bocca, 1902.

⁽³⁸⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., *Prefazione*, p. VI.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ VIVANTE, *Le assicurazioni terrestri*, cit., p. VI.

⁽⁴¹⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., *Prefazione*, p. VI.

nel novero delle fonti, sotto forma di usi e consuetudini ⁽⁴²⁾, ma anche e prima di tutto nel loro stato grezzo, come « natura dei fatti », da ricercare scientificamente nella miriade di manifestazioni umane che riflettono le mille sfaccettature della vita ⁽⁴³⁾: talvolta « la regola di diritto » emergeva « immediatamente dalla natura dei fatti » e avrebbe dovuto « ispirare la sentenza dei giudici » benché non fosse « configurata né in una legge né in una consuetudine » ⁽⁴⁴⁾.

Insieme al servilismo esegetico, Vivante chiudeva così ogni spazio alle velleità pandettistiche della scienza giuridica, al concettualismo e al dogmatismo che imperversavano nelle dottrine germanistiche dell'accademia italiana. « Di logica, anzi di metafisica » se n'era vista e respirata fin troppa, egli denunciava nel discorso di ringraziamento del 1908 ⁽⁴⁵⁾. I giuristi si ostinavano a ragionare per astrazioni, volavano « coll'ala della mente di cima in cima alzandosi alle costruzioni più generali » ⁽⁴⁶⁾. Vivante restava invece « a mezza costa », per « non perdere il contatto colla realtà » e « cadere nel vuoto » a caccia di « idee generali » ⁽⁴⁷⁾. Raccoglieva « i fatti per farli parlare », cercava « nelle banche, nelle borse, nelle agenzie d'affari, nelle cancellerie giudiziarie, nelle sentenze, il ricco materiale con cui s'intesse la vita » ⁽⁴⁸⁾. Il positivismo filosofico gli indicava la via della conoscenza, che era in ogni ambito del sapere fondata sull'osservazione di fatti empiricamente accertati e sulla scoperta scientifica delle loro leggi regolative: una « scuola rigogliosa, che poggiando sulla base solida della ricerca sperimentale » puntava a scoprire « le regole giuridiche nell'essenza dei fatti » e ad « adeguare il diritto alle prementi esigenze della vita » ⁽⁴⁹⁾.

Il rifiuto per astrazioni e pandettismi non poteva essere più

(42) La cui forza — Vivante ribadiva — si andava « naturalmente estendendo » via via che « il codice diventa incompleto », « immobile in mezzo alla continua evoluzione dei fatti economici » (ivi, p. 44).

(43) Ivi, libro I, cap. I, *Le fonti*, § 9. *Natura dei fatti*, pp. 64-66.

(44) Ivi, p. 64.

(45) VIVANTE, *Discorso di ringraziamento*, cit., p. 41.

(46) Ivi, p. 42.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*.

(49) *Ibidem*.

netto. Alle architetture dogmatiche costruite sulle fragili fondamenta dei testi legislativi Vivante sostituiva la « costruzione organica » di principi desunti dall'« osservazione sistematica » dei fatti economici e sociali ⁽⁵⁰⁾. Un lavoro sistematico per colmare « le lacune della legge », supplire « ai silenzi della giurisprudenza » e ravvivare « le norme frammentarie e superficiali » del « codice » e delle « leggi » ⁽⁵¹⁾. La fondazione nel 1903 della « Rivista di diritto commerciale » era l'occasione per ribadire le basi empiriche del metodo vivantiano, ma anche per puntualizzarne l'irrinunciabile dimensione teorica. La Rivista, fondata insieme ad Angelo Sraffa, era destinata a diventare la « rivista principe tra le riviste di diritto privato » e anzi « tra le riviste giuridiche » ⁽⁵²⁾; il periodico « più rilevante del primo trentennio del Novecento » ⁽⁵³⁾, un « eminente osservatorio » dal quale rilevare le tendenze economiche e tracciare le linee evolutive del diritto commerciale ⁽⁵⁴⁾.

Nel programma pubblicato in apertura, i fondatori chiarivano che la dimensione teorica rimaneva una parte essenziale della metodologia giuridica, ma essa si risolveva nell'elaborazione di « una

⁽⁵⁰⁾ C. VIVANTE, *Prefazione al Trattato di diritto commerciale*, vol. II, parte I, *Le persone (cont. e fine)*, Torino, Bocca, 1894, pp. VII-VIII, anche con il titolo *Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale*, in « La scienza del diritto privato », 2 (1894), pp. 616-618, e in « Monitore dei Tribunali », 35 (1894), pp. 729-731.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. VII.

⁽⁵²⁾ ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana*, cit., p. 5.

⁽⁵³⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 57.

⁽⁵⁴⁾ « Eminente osservatorio » era la definizione che della Rivista dava F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1913, p. VII. Sull'impatto della Rivista sull'evoluzione del diritto commerciale sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 207-216. Specificamente sulla rivista, oltre alle opere di Paolo Grossi già citate: G. CASTELLANO, *Le riviste giuridiche italiane tra le due guerre. I. "La Rivista del diritto commerciale"*, in « Politica del diritto », 1972, pp. 873-917; A. GAMBARO, *I primi anni della Rivista di diritto commerciale: comparazione e cosmopolitismo giuridico*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 6 novembre 1998, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 39-52; B. LIBONATI, L. FARENGA, U. MORERA, G.L. BRANCADORO, *La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 343-374; P. RESCIGNO, in *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 75-84.

costruzione sistematica, fondata sull'esperienza »⁽⁵⁵⁾, un sistema scientifico basato sulla conoscenza dei fatti, della storia e della natura delle cose. Da buon positivista, Vivante scandagliava i fatti per desumerne regole e principi da organizzare in un sistema, che non era però quello legislativo, né quello razionalistico di matrice romanistica. Era invece il sistema desunto dalla vita, formato da un insieme di regole, istituti e principi ispirati a leggi di giustizia e solidarietà. Da qui la fondazione di « una rivista che » superando « la farragine delle leggi e delle sentenze » mirasse alla « *rinnovazione* » e alla « *sistemazione* del diritto commerciale »; che « pur studiando le benefiche influenze della storia e della tradizione » tenesse il « sistema giuridico in continua comunicazione colle fresche correnti della vita » e lo semplificasse « colla conquista di regole più generali e col loro logico coordinamento »⁽⁵⁶⁾.

4. *Per un diritto unico delle obbligazioni. La coerenza di una « conversione parziale ».*

È in questa cornice filosofica che vanno collocate le proposte di Vivante per l'unificazione del diritto delle obbligazioni. Il 14 gennaio del 1888, appena chiamato all'Università di Bologna, Vivante pronunciava infatti la celebre prolusione che riaccendeva il dibattito sull'unificazione del diritto privato⁽⁵⁷⁾. Per infrangere la

⁽⁵⁵⁾ C. VIVANTE, A. SRAFFA, *Il nostro Programma*, in « Rivista del diritto commerciale », 1 (1903), I, p. 10.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁷⁾ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in « Archivio giuridico », 39 (1887), pp. 497-516, nonché in « Monitore dei Tribunali », 29 (1888), pp. 169-176, da cui si cita. In Italia, a favore della scelta unitaria, si schierarono, tra gli altri, anche Cimbali, Sraffa, Bolaffio, Scalamandrè, Cavagnari, Perrone, Porro e Viani; contro, Franchi, Supino, Sacerdoti, Bensa, ma soprattutto U. MANARA, *Contro un Codice unico delle obbligazioni*, Prolusione al corso di diritto commerciale letta il 12 gennaio 1893 nella Regia Università di Genova, in « Giurisprudenza italiana », 1893, IV, pp. 53-76, e VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale*, cit., pp. 92-135. Il dibattito ebbe ovviamente un'eco internazionale, come dimostrano da un lato le prese di posizione di Cohn e Goldschmidt, dall'altro la traduzione in francese della tesi di Vivante, pubblicata in « *Annales de droit commercial français, étranger et international* », 7 (1893), II, pp. 1-23. Cfr. sul tema M. CARVALE, « *Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?* », in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*,

« barriera legislativa » che separava il diritto civile dal diritto commerciale, « puntellata » com'era da « finzioni » e « presunzioni legali », egli proponeva l'adozione di un unico diritto delle obbligazioni, con un contenuto « essenzialmente mercantile », sul modello del Codice svizzero, « semplice, rigoroso, spedito », capace di spirare « un nuovo alito di vita a tanti vietati istituti del diritto civile » (58).

Il tema era riproposto nel 1892 (59). E di nuovo, estesamente, nell'*Introduzione* al primo volume del *Trattato*, il cui § 1. s'intitolava *L'unità del diritto privato* (60). Così concepito — ragionava Vivante — il Codice di commercio era un vero e proprio diritto di ceto, che salvaguardava « una classe privilegiata », in « fragorante contrasto coi principi di eguaglianza sociale » (61). « Legge di classe » (62) perché duplicava il diritto delle obbligazioni, prevedendo una disciplina più moderna e vantaggiosa per i commercianti, con « privilegi » addirittura « maggiori » di quelli vigenti « al tempo delle corporazioni d'arti e mestieri » (63); ma ancora di più perché si costringevano « tutti i cittadini che contrattano coi commercianti (art. 54) a subire una legge che è fatta a favore di questa classe », compilata dagli stessi industriali, banchieri e assicuratori, subordinando così « l'interesse

Milano, Mondadori, 2008, pp. 81-116, ma sull'itinerario storico già F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 79-108, e M. ROTONDI, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie*, in *L'unité du droit des obligations*, a cura di M. Rotondi, Padova, Cedam, 1974, pp. 489-526.

(58) VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, cit., pp. 169-171.

(59) C. VIVANTE, *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, in « *Monitore dei Tribunali* », 33 (1892), pp. 749-760.

(60) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., pp. 3-28.

(61) Ivi, p. 16.

(62) « Legge di classe » — avrebbe esplicitamente denunciato C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1902², cit., pp. 14-16, nell'*Introduzione* ampliata e rivista per la seconda edizione — che violava « quella solidarietà sociale che dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislatore ».

(63) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 18. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alle disposizioni sulla conclusione del contratto e sulla responsabilità precontrattuale (art. 36), alla presunzione di solidarietà passiva (art. 40), al divieto per il giudice di concedere al debitore le dilazioni previste dal Codice civile (art. 42), all'automatica decorrenza di interessi nei debiti commerciali (art. 41), alla maggiore ampiezza e disponibilità di prove (artt. 44-53).

di tutti i cittadini » a « quello dei commercianti che cercano per professione di speculare sui bisogni della propria clientela » (64).

Insieme alle incertezze sulla natura dell'atto (civile o commerciale), il Codice unico delle obbligazioni avrebbe perciò secondo Vivante eliminato questa ingiustizia legislativa, giovando al contempo a entrambe le tradizioni disciplinari: il diritto commerciale avrebbe sanato la propria « debolezza scientifica », che derivava da un metodo descrittivo, praticato da « giureconsulti improvvisati », incapaci di misurarsi con il sistema generale del diritto comune e di « far rientrare anche i nuovi istituti nelle regole vecchie » (65); mentre il diritto civile avrebbe svecchiato la propria armatura teorica, aprendosi ai rapporti sociali e al collettivismo economico, abbandonando istituti che sembravano ormai « mere esercitazioni di scuola » e vivificandone altri che rischiavano « di morire per atrofia » (66).

Negli anni Venti, grazie anche all'esperienza maturata nelle commissioni legislative, Vivante avrebbe rimodulato la sua proposta, senza per questo rinnegare la sostanza originaria delle sue idee (67). Nel progetto di Codice di commercio del 1922, come semplificava con toni metaforici Mossa, Vivante « metteva nella guaina la bandiera dell'unificazione del diritto privato, che aveva per tanto tempo agitata ad épater le bourgeois » (68). Più precisamente, nell'illustrare

(64) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 15.

(65) Ivi, p. 20.

(66) Ivi, p. 21.

(67) Membro della commissione governativa per la riforma del codice di commercio nominata dal guardasigilli Calenda nel 1894, di quella nominata dal ministro Finocchiaro Aprile nel 1905 e di quella reale per la riforma del diritto cambiario del 1914, Vivante fu anche delegato italiano alla conferenza internazionale dell'Aja per l'unificazione del diritto cambiario (giugno-luglio 1910) e a quella preliminare di Vienna con i rappresentanti dell'Austria-Ungheria e della Germania (febbraio 1910), componente del Comitato italiano promosso nel 1916 da Scialoja per elaborare con la Francia e le altre « nazioni neutrali » una disciplina comune delle obbligazioni, ma soprattutto presidente della commissione incaricata nel 1919 dal ministro della giustizia Mortara di proporre le riforme « più urgenti e utili alla legislazione commerciale italiana ».

(68) L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. III, *Società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 1958, p. 74. Il « progetto Vivante » era opera di una commissione nominata dal ministro Mortara con decreto ministeriale dell'8 novembre 1919. Della commissione facevano parte, tra gli altri, Sraffa, Bolaffio, Bonelli, Arcangeli,

le ragioni della riforma, Vivante rilevava come la « diversa velocità » con cui si andavano elaborando i contenuti del Codice civile e del Codice di commercio avrebbe « probabilmente » rappresentato « sempre un grande ostacolo alla unificazione »⁽⁶⁹⁾. Tre anni dopo Vivante formalizzava il suo « atto parziale di conversione », giudicando « l'impeto » dell'attività commerciale « troppo vivo » per « fissarla entro il sistema statico del diritto civile » e ritenendo quindi « più prudente » collaudare i nuovi fenomeni giuridici « nel Codice di commercio, onde passare successivamente, se la loro vitalità si estende ad altri campi dell'attività giuridica, nel Codice civile »⁽⁷⁰⁾: « almeno per ora » — egli spiegava — la « fusione dei due codici recherebbe un grave danno al progresso del diritto privato e alla sua funzione pratica »⁽⁷¹⁾.

Il cambio di rotta era in realtà molto meno netto di quanto lo stesso timoniere lasciava ipotizzare. Vivante aveva infatti sempre avuto chiarissima, almeno fin dal 1882, la differenza tra l'incontenibile fluidità del diritto commerciale e l'exasperante vischiosità del diritto civile, con la conseguente necessità di favorire il « libero svolgimento » del primo rispetto alle « norme lente, prudenti e comode » del secondo⁽⁷²⁾. Soprattutto, e di conseguenza, egli non aveva mai aprioristicamente escluso l'idea di due codici distinti, a condizione, ovviamente, di non perdere di vista l'obiettivo di un'unica comune disciplina delle obbligazioni. Nel 1906, in un'intervista al *Giornale d'Italia*, egli dichiarava apertamente la possibilità di varare un « codice civile » contenente « i principi generali sulle obbligazioni e le regole degli istituti più saldamente costituiti » (proprietà immobiliare e persone giuridiche) e di conservare un

Antonio Scialoja, Treves, Valeri, Rocco, Navarrini e Asquini. Per ulteriori ragguagli MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale*, cit., pp. 229-232, e A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 554-558.

⁽⁶⁹⁾ C. VIVANTE, *Ragioni della riforma*, in *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milano, Hoepli, 1922, p. 200.

⁽⁷⁰⁾ C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in « Rivista del diritto commerciale », 1925, I, p. 576.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 573. Il concetto era ribadito qualche anno dopo: C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in « Diritto e pratica commerciale », 8 (1929), pp. 113-120.

⁽⁷²⁾ C. VIVANTE, *Gli usi mercantili*, cit., p. 254.

autonomo codice di commercio « per regolare la disciplina di quegli istituti che sono soggetti a più frequenti revisioni, perché subiscono più immediatamente l'influenza dei progressi tecnici o l'influenza di una pratica cosmopolita » (società, titoli di credito, assicurazioni, trasporto, operazioni di banca e di borsa) (73).

Vivante non era ossessionato dall'assetto formale della codificazione; aveva invece a cuore la sostanza etico-filosofica del diritto privato. L'obiettivo non era necessariamente un unico Codice di diritto privato, ma un diritto comune delle obbligazioni, informato ai più progrediti modelli del diritto commerciale, in modo da evitare la duplicazione di discipline e la prevaricante vigenza di una legge di classe. Egli aveva perciò sempre sostenuto la necessità di una « teoria generale delle obbligazioni », un « Codice unico delle obbligazioni », un comune « diritto delle obbligazioni », sul quale sarebbe stato anche più agevole convergere per realizzare un « diritto generale uniforme » di respiro internazionale (74). D'altronde, come si legge nel programma, anche la « Rivista di diritto commerciale » — che dal 1910, non a caso, avrebbe assunto la definitiva denominazione di « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni » — era stata concepita per « coltivare » il « campo delle obbligazioni comuni ai due codici » (75).

In quest'ottica, per di più, Vivante si era sempre mostrato consapevole del fatto che « la unificazione » del diritto delle obbligazioni non avrebbe eliminato « la necessità di conservare alcune norme speciali pei commercianti », quando ad esempio avessero abusato « del credito o della fede pubblica », tanto più che « le poche norme che si conservassero nel diritto privato pei commercianti non turbereb-

(73) C. VIVANTE, *La riforma del diritto privato*, intervista rilasciata a Vittorio Vettori, in « Giornale d'Italia », 25 settembre 1906, anche sulla copertina del « Monitore dei Tribunali », 1906, 46 e 47, pp. 182 e 186.

(74) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 24. Il pensiero corre ovviamente al Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, alla cui redazione partecipò anche Vivante e sul quale si vedano ora, anche per la bibliografia, gli scritti contenuti in *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht?*, cit., oltre ovviamente al volume a cura di G. Alpa e G. Chiodi, *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, impreziosito dai saggi introduttivi dei curatori.

(75) VIVANTE, SRAFFA, *Il nostro Programma*, cit., p. 11.

bero la compagine del codice unico, più che le poche norme speciali scritte nel codice civile pei commercianti stessi, per gli imprenditori, pei vettori, per gli albergatori non ne turbino l'unità » (76).

Lo sviluppo della vita economica in senso industriale avrebbe dimostrato che le esigenze di specialità del diritto commerciale interessavano non « poche » norme, come immaginava Vivante nel 1893, ma una quantità considerevole di rapporti, condizioni e istituti, cresciuti intorno all'ordinamento dell'impresa e del lavoro. Collocarli in un autonomo codice, di più pronta realizzazione e di più rapido cambiamento, sembrò a Vivante negli anni Venti un aggiornamento necessario delle sue tesi, ma non era certo un'abiura.

La « conversione » era dunque davvero solo « parziale », il termine un po' enfatico e plateale, non del tutto insolito per Vivante (77). All'unificazione del diritto delle obbligazioni si sarebbe arrivati gradualmente, come Vivante preconizzava nel 1925, magari per il tramite di una progressiva « commercializzazione » del diritto civile (78). Anche questo Vivante aveva già esplicitamente previsto e considerato. Nel 1902, in una nota aggiunta in calce all'*Introduzione* del primo volume del *Trattato*, giunto ormai alla seconda edizione, egli infatti ipotizzava un graduale processo di generalizzazione della disciplina del Codice di commercio, che sarebbe così alla fine « naturalmente »

(76) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., pp. 25-26.

(77) A un'altra sua « conversione », rispetto a quanto sostenuto nel *Trattato*, Vivante allude in *La prescrizione in materia di società*, in « Rivista del diritto commerciale », 1 (1903), I, pp. 263-273, come pure ne « Il Foro italiano », 27 (1903), I, cc. 497-503, dove annotando due sentenze sempre in tema di prescrizione delle azioni, derivanti dal contratto di società, dichiarava di essere caduto in « errore » e di andare ora « facendo la critica di » sé « stesso ». Sottolinea la sua « singolare capacità di modificare, alla prova dei fatti, le proprie opinioni », anche C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, Piccin, 2008, p. 31. Per un altro esempio in materia societaria, si pensi al passaggio dalla formula del collegio sindacale alla proposta di un ufficio di revisione contabile: A. SCIUMÈ, *Sindaci (collegio dei)*, *Storia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 726.

(78) Sulla genesi (Ripert) e sul significato del concetto di « commercializzazione » del diritto civile cfr. M. LIBERTINI, *La c.d. commercializzazione del diritto privato*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, pp. 283-300. Già prima, ovviamente, GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit., pp. 95-99.

diventato il Codice comune delle obbligazioni ⁽⁷⁹⁾: dinanzi a un « movimento economico » che generava « nuovi istituti giuridici » privi di uno specifico carattere civile o commerciale, ma inerenti « obbiettivamente » al « campo comune dell'industria », l'Italia si avviava ad avere « un codice che avrà solo il nome di codice di commercio », ma il contenuto di « un diritto comune », che avrebbe prima o poi « gettato all'aria » la sua « sconnessa armatura di diritto professionale », l'« involucro » che ostacolava il suo più « ampio sviluppo » ⁽⁸⁰⁾.

Aveva quindi ragione Asquini, nel 1944, quando scriveva che « malgrado certe oscillazioni », Vivante fu « certamente uno dei precursori della recente riforma legislativa che portò all'unificazione del diritto delle obbligazioni, senza per ciò sopprimere il diritto commerciale della impresa » ⁽⁸¹⁾. Malgrado il disappunto per la forma, e l'ovvia diversità dello sfondo ideologico ⁽⁸²⁾, Vivante ottenne alla fine quello che aveva sempre auspicato: l'unificazione del diritto delle obbligazioni, la commercializzazione del diritto civile e la specialità di ambiti strettamente commercialistici, alcuni dei quali riservati per professione ai commercianti, altri esclusi in tutto o in parte dall'orbita del Codice e disciplinati da leggi speciali (fallimento, cambiale, banche, marchi, etc.).

5. *Solidarismo e corporativismo. La via fascista alla socializzazione del diritto privato.*

Nelle due prolusioni romane del 1898 e del 1902 l'orizzonte solidaristico di Vivante si allargava ai principi e agli istituti dell'intero diritto privato ⁽⁸³⁾. Vivante non era un socialista in senso

⁽⁷⁹⁾ Lo rileva con grande acume CARVALE, « *Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi...* », cit., p. 102.

⁽⁸⁰⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1902², cit., p. 30.

⁽⁸¹⁾ ASQUINI, *Cesare Vivante*, cit., 1944, p. 111. Senza dunque sopprimere nel nostro ordinamento — come rileva G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei Codici*, in « *Rivista di diritto civile* », 1974, I, pp. 523-560 — una disciplina speciale per il commercio o meglio per l'attività d'impresa.

⁽⁸²⁾ GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit., p. 93.

⁽⁸³⁾ C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, in « *La riforma sociale* », 6 (1899), pp. 25-39; ID., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in « *Critica sociale* », 1902, 12, pp. 345-351, ora anche in « *Rivista italiana per le scienze*

propriamente politico, come non lo era la quasi totalità degli esponenti della Scuola sociale, almeno non nel senso rivoluzionario che l'ideologia implicava a cavallo tra Otto e Novecento. Era un positivista in senso filosofico, uno storicista animato da un forte senso di giustizia sociale, da un « sentimentale socialismo », se si vuole utilizzare la sinestesica espressione di Ascarelli ⁽⁸⁴⁾. Le contraddizioni e le sperequazioni della realtà, per chi avesse voluto guardarle, dimostravano, senza bisogno di essere socialisti, l'inservibilità di un modello puramente liberale: erano scene di miseria, soprusi, marce e scioperi, come quelle raffigurate nelle tele di Nomellini, Longoni e Pellizza da Volpedo.

A quel modello Vivante contrappose una visione armonica del diritto commerciale, che tenesse in equilibrio gli interessi degli industriali, degli operai e dei consumatori, ma più ampiamente una visione armonica del diritto privato, che escludesse leggi di classe, privilegi di ceto e posizioni dominanti. Lo sfondo storico era messo a fuoco con estremo nitore. « La libertà e l'eguaglianza », le due « grandi forze di redenzione sociale » che la codificazione liberale aveva posto « sugli altari », recavano insiti « i pericoli della loro degenerazione » ⁽⁸⁵⁾. Il contratto, nonostante la « fase sociale », agiva ancora « liberamente per virtù di iniziative personali e di liberi accordi », nella « convinzione » dominante che la « cooperazione volontaria » favorisse « il benessere generale » e realizzasse « efficacemente quell'opera di continuo ricambio che è necessaria alla vita sociale come a quella degli individui » ⁽⁸⁶⁾. Ma « il diritto privato » non poteva essere soltanto il guardiano dell'autonomia privata, né esercitare « la sua funzione di garanzia solo a difesa delle classi dominanti », dovendo esso del pari proteggere « i progressi della solidarietà sociale » e favorire « l'ascesa degli umili » ⁽⁸⁷⁾.

giuridiche », 3 (2012), pp. 25-40, da cui si cita. Sulle prolusioni romane di Vivante cfr. F. AMARELLI, *La prolusione romana di Cesare Vivante. Significato di una rilettura*, in « Opuscola », 12 (1997), pp. 1-19, e M. LIBERTINI, *Il contributo di Cesare Vivante alla scienza commercialista. Le prolusioni romane*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 3 (2012), pp. 3-10.

⁽⁸⁴⁾ ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana*, cit., p. 6.

⁽⁸⁵⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 29.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 29.

L'autonomia privata andava dunque limitata in nome dei superiori valori dell'eguaglianza e della solidarietà, conformemente a un modello di società giusto, equo e solidale ⁽⁸⁸⁾. La funzione sociale del contratto autorizzava un intervento sui contenuti dell'assetto negoziale, al fine di mantenere l'autonomia privata nell'alveo della giustizia e di garantire l'equilibrio delle prestazioni mediante considerazioni di equità ⁽⁸⁹⁾. Vivante individuava immediatamente le emergenze e le incongruenze del primo Novecento, elaborando un programma teso a risolvere i problemi della società di massa e le distorsioni dell'economia di mercato: reprimere i cartelli e le coalizioni industriali, incoraggiare la cooperazione come strumento di solidarietà e di pacificazione sociale, tutelare le minoranze societarie, sancire la nullità delle clausole vessatorie, introdurre le tariffe concordate, riconoscere effetti al contratto collettivo e alla contrattazione per gruppi ⁽⁹⁰⁾.

Il contratto collettivo, in particolare, avrebbe consentito, nei settori in cui più forte si palesava la disparità economica, di sottrarre il giuoco contrattuale all'arbitrio delle libertà individuali ⁽⁹¹⁾. La tendenza sociale, sia pur in ossequio al modello contrattuale « tramandato dal diritto romano », imponeva di rafforzare la posizione

⁽⁸⁸⁾ MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., pp. 143-189.

⁽⁸⁹⁾ G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Roma, TrePress, 2017, pp. 151-168.

⁽⁹⁰⁾ Sul programma riformistico di Vivante sia consentito rinviare a MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., e ID., *Il solidarismo di Vivante e il diritto societario. Società, volontà, solidarietà*, in « Études d'histoire du droit et des idées politiques », 30 (2022), *France-Italie allers/retours: la volonté*, pp. 305-339.

⁽⁹¹⁾ Oltre che da Vivante, il tema era specificamente affrontato da G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904) e *I « contratti collettivi » ed il disegno di legge sul contratto di lavoro* (1905), poi entrambi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1948, vol. IV, rispettivamente pp. 1-54 e 55-81. Sull'emersione, al principio del Novecento, del contratto collettivo cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 97-102. Si vedano altresì P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006, soprattutto pp. 55-149, e C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 126-156.

« del contraente economicamente più debole » mediante « la contrattazione per gruppi »⁽⁹²⁾. Il contratto collettivo era espressione della « solidarietà tra gli uomini », più specificamente di una forma di « solidarietà professionale », che cementando il sodalizio economico di un gruppo individualmente svantaggiato consentiva alle « classi più deboli » di difendersi « contro gli abusi della libertà e le illusorie promesse di un'eguaglianza formale »⁽⁹³⁾.

Dall'altro lato, occorre tutelare i consumatori arginando lo strapotere delle imprese, le quali, attraverso i contratti di adesione — sotto forma di polizze, moduli o tariffari — inserivano delle « clausole » che, come denunciava Salvioli, si presentavano « come il risultato di convenzioni liberamente accettate », ineccepibili « di fronte alla legge, agli uomini del foro e alla pratica dei tribunali », ma in realtà gravide d'« inganni o se par meglio ingrate sorprese alla buona fede del compratore »⁽⁹⁴⁾. Tra queste, come ricordava Vivante, c'erano le clausole che l'imprenditore, in forza della sua posizione economica dominante, imponeva al lavoratore o al consumatore, quando ad esempio si riservava il diritto di licenziare liberamente, senza preavviso né indennità, o si esonerava da ogni responsabilità per il trasporto, o fissava la giurisdizione in un luogo lontano tanto dalla residenza dell'altra parte quanto dai beni assicurati⁽⁹⁵⁾. Il rimedio, per Vivante, era quello di prevedere la nullità di queste clausole, che con un po' di coraggio avrebbe potuto

⁽⁹²⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 31.

⁽⁹³⁾ Ivi, pp. 26 e 31.

⁽⁹⁴⁾ G. SALVIOLI, *I pagamenti a rate nei contratti di vendita*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 76-77. Quasi contestualmente, sulla questione dei contratti di adesione, giungevano le preoccupate parole di A. SRAFFA, *La lotta commerciale*, in « La scienza del diritto privato », 2 (1894), pp. 220-240. Sull'atteggiamento della dottrina di fine Ottocento primo Novecento rispetto al diffondersi delle clausole vessatorie nei contratti di adesione, cfr. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., pp. 173-175. Sul successivo sviluppo G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 249-293. Su Salvioli F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2012, pp. 417-421.

⁽⁹⁵⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 30. E qualche anno più tardi, ancora contro i « moduli o polizze a stampa » contenenti un « diritto » del « contraente più forte » in danno del « contraente più debole », A. SRAFFA,

conseguirsi già su iniziativa giurisprudenziale, facendo leva ad esempio sulla buona fede o sui vizi del consenso, ma che meglio sarebbe stato sancire prima in via legislativa ⁽⁹⁶⁾. « La parola imperativa del legislatore » — sintetizzava Vivante — avrebbe dovuto « limitare più sensibilmente la libertà dei contratti, per impedire gli abusi che il contraente più forte » compiva « spesso sul contraente più debole » ed evitare che « il magistrato, pur sentendosi bruciare le dita che stendono la sentenza », dovesse « dare libero corso » a odiose « clausole vessatorie », costretto com'era a rendere « omaggio al principio generale che consacra la libertà delle convenzioni » ⁽⁹⁷⁾.

Negli anni Trenta i traccianti corporativi della « Rivoluzione fascista » sembravano finalmente intercettare le articolazioni pluralistiche della società industriale e le istanze di socializzazione del diritto privato ⁽⁹⁸⁾. Il corporativismo limitava la volontà dei privati e istituzionalizzava la collaborazione tra le classi, riconoscendo però al contempo, come apprezzava Vivante, il ruolo cruciale dell'« iniziativa individuale » come « forza motrice della vita economica della nazione » ⁽⁹⁹⁾. Lo Stato corporativo interveniva dove aveva fallito lo Stato liberale, correggendo gli eccessi dell'individualismo con le virtù del solidarismo, subordinando « eccezionalmente » il libero consenso dei privati « a norme obbligatorie dettate nell'interesse

La riforma della legislazione commerciale e la funzione dei giuristi, in « Rivista del diritto commerciale », 11 (1913), I, p. 1018.

⁽⁹⁶⁾ La nullità delle clausole vessatorie non poteva essere — come affermava la giurisprudenza e condivideva A. ASCOLI, *La riserva di proprietà nella vendita a rate*, in « Rivista di diritto civile », 4 (1912), p. 67 — « opera del giudice », bensì semmai « oggetto di riforma legislativa ».

⁽⁹⁷⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 30.

⁽⁹⁸⁾ Sul punto F. MAZZARELLA, « *Tradizione e rivoluzione* ». *Il diritto dei contratti dentro e oltre il Comitato per le relazioni giuridiche italo-germaniche*, in *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter — 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, a cura di D. Deroussin, M. Löhnig, F. Mazzarella, S. Wagner, vol. II, *Totalitäres Soziales Privatrecht? — Die juristische "Achse Berlin-Rom"*, Frankfurt am Main, Klostermann, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁹⁾ C. VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in « Il diritto del lavoro », 5 (1931), 1-2, p. 437. La pensava allo stesso modo F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, Prolusione letta nella R. Università di Roma il 9 dicembre 1930, in « Rivista di diritto civile », 1931, poi in *Id.*, *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. II, p. 410.

pubblico e supremo dell'economia nazionale » (100). La « provvida influenza dell'ordinamento corporativo », osservava Vivante nel 1938, aveva aperto il diritto commerciale alle nuove regole « desunte dalla attuale feconda realtà » (101).

Tanto bastava a Rocco per considerare Vivante un vero « fascista », che voleva rendere la « nostra » amata « Patria » « sempre più grande nel campo del diritto, sempre più degna della immensa eredità di Roma! » (102). Si sbagliava, ovviamente (103). Come per la gran parte dei commercialisti e dei civilisti italiani, l'ordinamento corporativo rappresentava infatti per Vivante un valido modello di governo economico e di pacificazione sociale, in una realtà che non era quella individualistica vagheggiata nei Codici dell'Ottocento, ma quella pluralistica e conflittuale del Novecento (104). In linea teorica il corporativismo implicava la cooperazione tra capitale e lavoro, la solidarietà tra i fattori della produzione, la collaborazione tra industriali e operai (105). Era la via attraverso la quale aprire il diritto alla dimensione collettiva dell'economia, « passare da un diritto commerciale individualistico, necessario riflesso del mondo capitalistico del secolo XIX », a « un diritto commerciale corporativo », fatto di imprese industriali e commerciali, che « nel mondo moderno » assumevano prevalentemente la forma della società anonima, come confermarono anche Ascarelli e Mossa (106). Grazie al riconoscimento e alla creazione di « organi collettivi », l'ordinamento corporativo rappresentava lo strumento per riequilibrare le prestazioni

(100) VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 439.

(101) C. VIVANTE, *Congedo*, in « Rivista del diritto commerciale », 36 (1938), I, p. 1.

(102) ROCCO, *L'opera scientifica di Cesare Vivante*, cit., p. XIX.

(103) Come sbaglia chi semplicisticamente allude a una « personale adesione del Vivante al nuovo ordine politico »: *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, Roma, Servizio Studi Legislazione e Inchieste Parlamentari, 1968, p. 45. Qualche perplessità anche su spiegazioni basate su una « formale e distaccata adesione » (LIBERTINI, *Il contributo di Cesare Vivante*, cit., p. 9).

(104) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 181.

(105) Sulle diverse anime della riflessione giuridica corporativa cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

(106) Così ad esempio T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in « Il Foro italiano », 61 (1936), IV, c. 20. Ma si veda anche L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in « Rivista del diritto commerciale », 43 (1945), I, p. 7.

contrattuali, arginare con « norme inderogabili » il potere illimitato dei padroni, « sostituire alla eguaglianza fittizia » tra « padroni e operai » una « eguaglianza effettiva in modo da pareggiare la potenza dei loro consensi », mettere tanto la dignità operaia quanto l'economia nazionale al riparo dai « contrasti individuali » (107). L'ordinamento corporativo dava finalmente cittadinanza ai contratti collettivi e al contratto di lavoro, introduceva l'inderogabilità di norme imperative e sanciva la nullità delle clausole vessatorie nei contratti tipo (108).

Vivante non nutriva dunque alcuna fede verso il regime fascista, ma intravedeva come molti nel corporativismo una forma di realizzazione dell'ideologia solidaristica. Nel frattempo, il totalitarismo faceva il suo corso, senza risparmiare nemmeno lui, il Maestro della gius-commercialistica italiana. Il pensionamento per limiti d'età, nel 1930, evitò a Vivante il confronto con il mortificante obbligo del giuramento e ancor di più con l'ignominia delle leggi razziali, che ne decretarono tuttavia l'espulsione dall'Accademia dei Lincei e la cancellazione dall'Annuario dell'Università di Bologna (109). Proprio nell'anno delle leggi razziali, quasi in concomitanza con la morte di Sraffa (1937), Vivante lasciò la direzione della *Rivista del diritto commerciale* ai « colleghi più giovani » (Asquini, Valeri e Mossa) (110). I figli lasciarono l'Italia. Vivante si ritirò nella sua villa di Solaia, in Toscana, senza prendere parte ai lavori della nuova codificazione. Scrisse solo pochi appunti, inviati nel 1940 a Grandi e ad Asquini, congratulandosi « per il buon lavoro » svolto « in così breve tempo » per il progetto del Codice di commercio e confermando la decisione di andare « in campagna per un po' di riposo » (111). Nello stesso anno, 1940, pubblicò sul *Nuovo Digesto*

(107) VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 437.

(108) C. VIVANTE, *I contratti-tipo nell'ordinamento fascista*, in « Commercio », 3 (1930), pp. 3-7.

(109) Cfr. MAZZARELLA, *Vivante*, cit., p. 34, e sull'Annuario C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, Cedam, 2008, p. 172.

(110) VIVANTE, *Congedo*, cit., p. 1.

(111) Riferisce di « poche pagine » di Vivante N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 336-337 e nota 5. Le ricorda anche MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., p. 174, che ipotizza tuttavia qualcosa di più di

Italiano la voce società a catena, conservando, a conferma della sua inalterata autorevolezza, la firma e il titolo di « Prof. emerito della R. Univ. di Roma » ⁽¹¹²⁾.

« poche pagine », come sembra confermare la ricerca di M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Documenti d'archivio sulla codificazione del 1942*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, Bulzoni, 1978, p. 575, che attribuisce a Vivante « pp. 18 a stampa ».

⁽¹¹²⁾ C. VIVANTE, *Società a catena* ("Holdings"), vol. XII/1, Torino, Utet, 1940, pp. 383-387.