

Mazzarella, Ferdinando

Percorsi storico-giuridici dell'impresa : dall'"enterprise" all'"Unternehmen"
/ Ferdinando Mazzarella. - Palermo : Saladino, 2012.

ISBN 978-88-95346-39-7

1. Aziende.

338.7001 CDD-22

SBN PAL0250599

CIP - Biblioteca centrale della Regione siciliana "Alberto Bombace"

CARLO SALADINO EDITORE S.R.L.

Via venti settembre 53 - 90141 Palermo

tel. 091.329590 - fax 091.6112670

carlosaladinoeditore@libero.it

www.carlosaladinoeditore.it

Copyright © 2012 - Tutti i diritti sono riservati per tutti i Paesi

I Edizione

ISBN 978-88-95346-39-7

In copertina

Camille Pissarro, 1885

Tramonto a Rouen. Olio su tela

Ferdinando Mazzealla

**Percorsi storico-giuridici dell'impresa
Dall'«entreprise» all'«Unternehmen»**



Carlo Saladino Editore
2012

Sommario

Introduzione	7
PARTE PRIMA	
IL <i>CODE DE COMMERCE</i> (1807) E LE GEOMETRIE DEL <i>DROIT COMMERCIAL</i>	17
1. Libertà economica ed eguaglianza giuridica formale	19
2. I riflessi del nuovo ordine nella sfera del diritto commerciale	26
3. Condizione soggettiva («commerçants») e criterio oggettivo («actes de commerce»): un sistema «misto» sbilanciato	32
4. L'«entreprise» in un'enumerazione di «actes de commerce»	39
5. La nozione giuridica di «entreprise»: articolazione di unità elementari e irrilevanza della dimensione organizzativa. Presupposti, manifestazioni, conseguenze	44
6. Alla ricerca di una formula generale: il principio dell'intermediazione speculativa	50
7. L'elaborazione “giurisprudenziale” di un criterio attrattivo: la «teoria dell'accessorio» e il suo combinarsi con l'intermediazione speculativa	60
8. Voci francesi di fine del secolo. Continuità, perplessità, novità	70
PARTE SECONDA	
L' <i>HANDELSGESETZBUCH</i> (1897) E LA COSTRUZIONE SCIENTIFICA DELL'«UNTERNEHMEN»	81
1. Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB	83
2. Un nuovo rapporto tra diritto ed economia: verso la formazione di un «Wirtschaftsrecht»	93
3. L'«Unternehmen»: una genesi nell'“economico”	99
4. L'individuazione dell'«Unternehmen» nel “giuridico”	104
5. Da un piano oggettivo ad uno soggettivo: il «Recht am Unternehmen»	119
6. L'«Unternehmen als Rechtsobjekt»: fra valore unitario, protezione, trasferimento, esecuzione	123
7. L'«Unternehmen» fra guerra e dopoguerra: espansione di un contenitore, ramificazione di un paradigma, moltiplicazione di concetti	131
8. Fra anni Venti e Quaranta: alla ricerca di un «Unternehmensrecht»	149
Bibliografia essenziale	159

Introduzione

Come in ogni argomento che vive in bilico tra diritto, economia e società, anche in un'indagine volta a far luce sulle origini della nozione giuridica d'impresa si annidano tanti motivi di incomprendimento quanti sono i possibili punti di vista dell'osservatore, con l'aggravante, in questo caso, di un sicuro focolaio di incomprendimenti, che occorre fin da subito addomesticare, se non, possibilmente, spegnere. Il tessuto legislativo e codificatorio dell'Ottocento è gremito di testuali riferimenti all'impresa e all'imprenditore. Nel *Code de commerce* del 1807 ci si imbatte a più riprese nel lemma «entreprise», fra le pieghe del Codice generale di commercio tedesco del 1861 (ADHGB) affiorano i termini «Unternehmung» e «Unternehmen», nei codici dell'Italia preunitaria e in quelli dell'Italia unita «imprenditore» e «impresa», in quelli spagnoli e portoghesi «empresario», «empresa», «empreza».

Se, tuttavia, si vuol fare una storia dei concetti e non una storia delle parole, se non si vuol cadere in quell'esecrabile «modo di fare la storia del diritto commerciale», per usare le parole di Tarello, consistente nell'«isolare gli istituti dal contesto generale, accentuando piuttosto le (apparenti) continuità della disciplina giuridica (che spesso non è altro che persistenza del lessico), che non il succedersi di diverse strutture», si deve rinunciare al facile appagamento offerto dalla continuità lessicale e scendere sul terreno dei contenuti e dei concetti, con l'intento di leggerli e interpretarli alla luce dell'ideologia, del pensiero giuridico e della filosofia dei tempi¹. Solo così si avrà modo di cogliere e misurare la distanza, sul piano del significato e della mentalità, che separa l'«entreprise» del *Code de commerce* dalla nozione giuridica d'impresa del XX secolo.

L'impresa, quale nozione giuridica tecnicamente autonoma, avrebbe preso forma solo quando il piano giuridico avrebbe collimato, aderendovi, con quello economico; quando, in altri termini, il diritto avrebbe recepito, fatto propria e disciplinato la nozione economica d'impresa come «assieme di risorse produttive, acquisite, combinate e orientate al fine di trarre van-

¹ G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Cooperativa Libreria Universitaria, Genova 1970, p. 71, nota 68.

taggio dalle occasioni del mercato»², come «istituzione centrale dello sviluppo economico», come «organizzazione produttiva», stabile e complessa, di capitale e lavoro³. La fondamentale riflessione, nei primi anni del Novecento, che la scienza giuridica austro-tedesca avrebbe sviluppato attorno ai concetti di «Unternehmen» e «Unternehmung», in presenza di «entità aziendali» sempre più «multiunitarie, multifunzionali, multiprodotto, multinazionali»⁴, sarebbe stata innanzitutto questo, la traduzione, in termini giuridici, di una realtà economico-sociale che si presentava sotto forme complesse, imperniata sulla produzione più che sullo scambio e perciò fondata sulla dimensione collettiva e sull'unità organizzativa di gruppi distinti dalla proprietà⁵.

«Imprenditore» e «impresa», come rilevato da Galgano, sono dunque, prima ancora che concetti del diritto, concetti dell'economia⁶. Ed in questo senso, nel senso economico appunto, è pacifico non soltanto che essi sono assunti dalla scienza economica per indicare rispettivamente il soggetto e l'organizzazione della produzione capitalistica, quale sistema basato sul macchinismo, sull'impiego di lavoro altrui, sulla divisione tra capitale e lavoro, sull'utilizzo di energie alternative⁷; ma anche e soprattutto che già nel

² P. DE WOOT, *La Fonction d'Entreprise: Formes nouvelles et progrès économiques*, Nauwelaerts, Louvain-Paris 1968, trad. it. *La funzione dell'impresa. Forme Nuove e Progressi Economici*, Franco Angeli, Milano 1968, p. 23.

³ P.A. TONINELLI, *Storia d'impresa*, Il Mulino, Bologna 2006.

⁴ F. AMATORI, *Forme di impresa in prospettiva storica*, in *L'impresa: una prospettiva storica*, Egea, Milano 2000, pp. 9-35 (citazione da p. 10).

⁵ F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'«Unternehmen» nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 299-386. L'impresa – secondo l'eccellente sintesi di P. DE WOOT, *La funzione dell'impresa*, cit., pp. 21-22 – dà luogo a «una realtà globale» nella quale coesistono: «una realtà economica: l'impresa è un insieme di risorse organizzate al fine di cogliere, o di creare, delle occasioni su un mercato»; «una realtà umana: l'impresa è formata da uomini, i quali si integrano in una società più grande le cui motivazioni oltrepassano gli obiettivi dell'impresa e, in certi casi, vi si oppongono»; «una realtà pubblica: l'impresa rappresenta un potere d'azione e un sistema di relazioni esterne, che si integrano – o si oppongono – ad altri poteri esistenti nella società considerata nel suo complesso».

⁶ F. GALGANO, *Imprenditore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. VII, Utet, Torino 1992, pp. 1-2.

⁷ Cfr. P.A. TONINELLI, *Storia d'impresa*, cit., pp. 16-18. Si vedano anche, sulla specificità organizzativa e decisionale dell'«entrepreneurship», le considerazioni a sfondo storico di M. BLAUG, *Economic History and the History of Economics*, Wheatsheaf, Brighton 1986, pp. 219-230. Per un'antologia di testi del Novecento in materia d'impresa *Una introduzione alla storia d'impresa. Storici ed economisti a confronto*, a cura di F. Amatori e P.A. Toninelli, Egea, Milano 1999.

secolo XIX la scienza economica evidenziò il nesso strutturale che legava la produzione e l'organizzazione, sì da spiegare i meccanismi della produzione passando dalla combinazione razionale, sotto la direzione dell'«entrepreneur», di beni, materie prime, energie e persone, «moyens de production», «forces musculaires», «forces intellectuels» e «forces produits», «travail», «capital» e «terre»⁸. L'«entreprise industrielle», come sottintesa da Jean-Baptiste Say (1767-1832), altro non era che il «rassemblement» e la «mise en œuvre» dei «moyens» necessari alla «production», la cui «exécution exige le concours de plusieurs personnes et de plusieurs talents», la conoscenza dei «procédés de l'art», l'impiego di «connaissances scientifiques»,

⁸ P. ROSSI, *Cours d'économie politique*, tome I, 1865⁴, édition revue et augmentée de leçons inédites (1836-1837) recueillies par M.A. Porée, in ID., *Oeuvres complètes*, Librairie de Guillaumin et C^{ie}, Paris 1865, pp. 195-216. Diversa, anche se spesso di sorprendente modernità, era l'opinione della scienza economica antecedente alla Rivoluzione industriale, nel secolo XVIII, quando l'imprenditore risulta più una controfigura del mercante, un individuo, proprietario, che con mezzi propri ed energie personali si adopera, a suo esclusivo rischio, per trarre profitto dall'attività di intermediazione. Così, per R. CANTILLON (1680-1734), *Essai sur la Nature du Commerce en Général*, 1755, trad. it. *Saggio sulla natura del commercio in generale*, Einaudi, Torino 1955, pp. 34-39, imprenditori erano i «mercanti all'ingrosso di lana e di granaglie, i fornai, i macellai, i fabbricanti e tutti i mercanti di ogni genere» che compravano a «un prezzo certo» per rivendere «nelle loro botteghe o sui mercati, a un prezzo incerto», senza poter prevedere «la quantità del consumo», ma anche coloro che «si occupano delle miniere, degli spettacoli, delle costruzioni», «i negozianti di mare e di terraferma», «i rosticcieri, i pasticceri, i bettolieri», «i lavoranti artigiani, i calderai, le rammendatrici, gli spazzacamini, gli acquaioli», che tutti «vivono insicuri, e si proporzionano in numero ai loro clienti»: gli imprenditori, «sia che si mettano a condurre la loro impresa disponendo di un fondo, sia che si facciano imprenditori del loro stesso lavoro senza alcun fondo», erano come dei dipendenti dal «salario incerto». N. BAUDEAU (1730-1792), in *Nouvelles éphémérides économiques ou Bibliothèque raisonnée de l'histoire, de la morale et de la politique*, 1776, tome V, partie II, *Suite des Observations économistes à M. l'Abbé de Condillac*, par M. l'Abbé Baudeau, Lacombe, Paris 1776, pp. 131-146, respingeva la distinzione dicotomica della società in «deux classes de citoyens», i «propriétaires» e i «salariés», essendoci una «troisième classe de citoyens, très clairement distinguée des deux autres», «c'est celle des cultivateurs en chef, des entrepreneurs et directeurs de toute exploitation productive avec les ouvriers agricoles qui marchent à leur suite». Mentre l'attività, lo scopo e il dovere del proprietario si esaurivano nel trasformare «le sol brut et sauvage» in «une vraie richesse», l'«entreprise» del «cultivateur en chef» avrebbe avuto l'obiettivo di far rendere il fondo, di «labourer, fumer, semer, herser, écolter, vendre les productions»: se in passato il proprietario era anche il coltivatore, ora, nel secondo Settecento, il coltivatore era un organizzatore, un coordinatore, non certo «un salarié du propriétaire. La récolte est le fruit de ses dépenses et de son travail, elle est sa propriété; c'est lui qui en a fait les avances, c'est lui qui en court les risques, c'est lui qui en prend toute la peine». Si veda l'ottima messa a punto di G. BERTA, *L'imprenditore. Un enigma tra economia e storia*, Marsilio, Venezia 2004, pp. 19-26. Utili anche l'introduzione e i testi contenuti in *Precursori di Adam Smith. Antologia di scritti economici*, a cura di R.L. Meek, Il Mulino, Bologna 1978.

l'acquisizione di «*expériences*»⁹. A distanza di qualche decennio, analizzando il «sistema meccanico di fabbrica», Marx avrebbe ricostruito il «movimento complessivo della fabbrica» in termini di unità, di collegamento viscerale, ed anzi “leonino” e prevaricatore («un sistema di latrocini commessi sulle condizioni vitali dell'operaio»), tra capitale e lavoro¹⁰. L'impresa della grande industria meccanica era luogo d'incontro, figurato non meno che reale, tra il capitalista, le macchine e il lavoro, nel quale operavano, sotto la sorveglianza disciplinare del «*padrone*», i «lavoratori alle macchine-utensili», i «lavoranti, quasi tutti ragazzi, subordinati ai primi» e «un personale numericamente insignificante d'ingegneri, di meccanici, di falegnami»¹¹. Gli operai erano «incorporati» nella fabbrica, uniti da vincoli di «cooperazione», stretti dal «legame fra l'operaio principale ed i suoi aiutanti», parti essenziali ma non esclusive di un'organizzazione complessa fondata sulla divisione del lavoro e sulla «distribuzione di operai fra le macchine o fra i gruppi di macchine speciali»¹².

A differenza di quanto era avvenuto nella «produzione mercantile», che poneva di fronte semplici venditori e compratori, «gli uni indipendenti dagli altri», e per apprezzare la quale occorreva da un lato tenere a mente che la vendita e la compra avvenivano «sempre fra individuo e individuo», dall'altro «considerare ciascuna transazione isolatamente, e non nel complesso che essa forma con quella che la precede o con quella che la segue», nella produzione in forma capitalistica occorreva considerare il «continuo movimento del suo rinnovarsi» e sostituire «ai capitalisti ed agli operai individui la classe capitalistica e la classe operaia»¹³. All'iniziativa individuale si sostit-

⁹ J.-B. SAY, *Cours complet d'économie politique pratique*, Guillaumin, Paris 1840², tome I, ch. VI, p. 93. Anche con M. GIOIA (1767-1829), *Nuovo prospetto delle scienze economiche*, 6 voll., 1815, ed. Ruggia e C., Lugano 1838, il discorso si sposta sui capitali, sull'«uomo economo, che accresce i suoi fondi produttivi», sì da esser paragonato «al fondatore d'una casa d'industria, in cui una società d'uomini laboriosi sarebbe perpetuamente nodrita col frutto de' suoi travagli» (vol. I, p. 59), sull'osservazione dello «sviluppo degli esseri organizzati», che «inclina a paragonare il principio generatore ad una molla elastica, che tende continuamente ad estendersi, e che compressa ritorna al suo posto, a misura che scema la forza comprimente, ovvero ad un fluido, che crescendo in ragione della quantità che gli viene tolta, s'alza presto allo stesso livello» (vol. II, p. 234).

¹⁰ K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, 1867, trad. it. *Il Capitale. Critica dell'economia politica*, libro I, Utet, Torino 1963, p. 379.

¹¹ *Ivi*, pp. 374-376. Cfr. G. BERTA, *L'imprenditore*, cit., pp. 28-31.

¹² K. MARX, *Il Capitale*, cit., p. 374.

¹³ *Ivi*, p. 538.

tuiva l'equilibrio organizzato delle forze collettive, alla «ricchezza» occasionata dalla regia “invisibile” degli atti dei singoli il profitto calcolato dalla «mano visibile» della dirigenza imprenditoriale¹⁴.

In quest'ottica, che imponeva di considerare «non il capitale e l'operaio individualmente, ma la classe capitalistica e la classe operaia», «non gli atti di produzione isolatamente, ma la produzione capitalistica nel complesso del suo continuo rinnovamento», l'impresa diventava il momento culminante della «combinazione sociale», dell'organizzazione produttiva di macchine, capitale e «forza operaia», mezzi tecnici, mezzi di produzione, di godimento e di accumulazione, «materie prime ed ausiliarie»¹⁵. L'organizzazione d'impresa rivendicava il suo «ruolo vitale» in un sistema economico «caratterizzato dalla proprietà privata del capitale»¹⁶, rappresentando lo strumento attraverso il quale coordinare le risorse e razionalizzare la combinazione dei fattori di produzione¹⁷.

Come Sombart avrebbe spiegato nel *Capitalismo moderno*, dato alle stampe per la prima volta nel 1902, il capitalismo «viene al mondo sotto forma di “imprese”, sotto forma quindi di formazioni razionali, consapevoli e lungimiranti dello spirito umano»¹⁸. L'attenzione dell'economista cadeva ancora una volta sugli aspetti “sociali” del modello capitalistico, sui nessi interrelazionali che tenevano insieme l'imprenditore, i lavoratori e gli altri fattori di produzione, in una visione che presupponeva nell'impresa il luogo di coordinamento delle energie lavorative, sottoposte ad un'«organizzazione» improntata ai due principi di «specializzazione» e di «cooperazione», e nell'azienda un'«istituzione» avente per scopo «l'esecuzione continuativa di

¹⁴ A.D. CHANDLER JR., *The visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, Cambridge Massachussets 1977, trad. it. *La mano visibile. La rivoluzione manageriale nell'economia americana*, Franco Angeli, Milano 1981. Cfr. anche, per una panoramica sull'evoluzione storica del rapporto tra produttività e organizzazione del lavoro, F. AMATORI, *La storia d'impresa come professione*, Marsilio, Venezia 2008.

¹⁵ K. MARX, *Il Capitale*, cit., pp. 525 ss.

¹⁶ M. BLAUG, *Economic History*, cit., p. 219.

¹⁷ Cfr. R. COASE, *The Nature of the Firm*, in «Economica», 4, 1977, pp. 386-405, trad. it. *La natura dell'impresa*, in *Una introduzione alla storia d'impresa*, cit., pp. 41-58, e O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, New York 1985.

¹⁸ W. SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1916³, trad. it. *Il capitalismo moderno*, Utet, Torino 1978, p. 235.

opere», un «tutto unico particolarmente coordinato e duraturo» formato da «un complesso di singole azioni»¹⁹.

Poiché il sistema economico capitalistico tendeva alla massima realizzazione del profitto tramite la miglior combinazione possibile dei fattori di produzione, ogni struttura, ogni organizzazione, ogni gruppo ed ogni aggregazione avrebbe ubbidito a criteri di efficienza, informandosi a logiche di produttività che richiedevano innanzitutto un'organizzazione razionale e razionalizzata²⁰. Accanto ai concetti di «oggettivizzazione» (o «spersonalizzazione») e di «proletarizzazione», pertanto, il sistema economico capitalistico si permeava del concetto di «razionalizzazione», che accompagnava «ogni passo sulla via dell'organizzazione capitalistica, ogni fondazione di un'impresa capitalistica»²¹. Impresa e azienda, oltre che entità collettive e complesse, erano dunque, ed anzi prima di tutto, *organizzazioni* razionali, strutture organizzate «in base al principio della massima adeguazione dei mezzi ai fini»²².

Perciò, quando in *Economia e società* definiva le «categorie sociologiche fondamentali dell'agire economico», Max Weber poteva considerare l'impresa come un «gruppo economico» tipicamente preordinato allo «svolgimento dell'agire economico razionale»²³. Nella sua “griglia” concettuale, il

¹⁹ *Ivi*, pp. 104-107.

²⁰ Su questa «razionalità» dell'impresa come «realtà umana», costruita, grazie all'organizzazione e al coordinamento, sull'«equilibrio» di interessi, attività, aspirazioni, motivazioni e mansioni, ha molto insistito P. DE WOOT, *La funzione dell'impresa*, cit., p. 39.

²¹ W. SOMBART, *Il capitalismo moderno*, cit., p. 448. «Spersonalizzazione», in particolare, significava che l'azienda si era trasformata in una «comunità di uomini viventi legati l'un l'altro da relazioni personali in un sistema di mansioni lavorative artificialmente integrate le une alle altre, eseguite da elementi interscambiabili in forma di uomini» (*ivi*, p. 792).

²² *Ivi*, p. 779. Il ruolo di preminenza, in questi complessi organizzativi, spettava evidentemente all'imprenditore, vero e proprio “nocchiere” della vita economica dell'impresa: «la caratteristica particolare dell'epoca del capitalismo maturo» – spiegava infatti Sombart – «consiste nel fatto che in essa la direzione globale della vita economica è passata all'imprenditore capitalista il quale, liberatosi dalla tutela degli organi dello stato, è diventato il soggetto economico dal quale, conformemente all'essenza interna dell'economia capitalistica, dipende l'organizzazione di tutto il processo economico nella misura in cui questo si svolge nel quadro del sistema economico capitalistico», mentre «gli altri fattori della produzione, lavoro e capitale, sono, nei suoi confronti, in rapporto di dipendenza, anzi vengono alla luce soltanto attraverso la sua azione creatrice» (*ivi*, pp. 501-502).

²³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. I, Edizioni di Comunità, Milano 1968², in particolare pp. 63-70. «Gruppi economici – nel senso di questa terminologia – sono naturalmente non soltanto quelli ordinariamente indicati come tali, quali le società a scopo di guadagno e le società per azioni, le cooperative di consumo, le corporazioni artigianali, le

grande sociologo tedesco considerava l'«impresa capitalistica razionale» la forma dell'agire economico tesa ad acquisire profitto mediante la fabbricazione o lo smercio dei prodotti, mettendo insieme l'aspetto dinamico dell'attività organizzata e quello collettivo del gruppo sociale, della comunità, dell'organizzazione complessa e trasversale di prestazioni, mezzi materiali di produzione, capitale²⁴. L'«agire imprenditoriale durevole e coordinato in modo continuativo» sarebbe stato inconcepibile «senza la costituzione di un'impresa», intesa come «categoria tecnica, che designa il modo di connessione continuativa di determinate prestazioni di lavoro tra loro e con i mezzi materiali di produzione»²⁵.

È sufficiente questa prima ricognizione, questa prima, fugace incursione nell'universo economico, per ricavare due caratteri salienti della nozione d'impresa, due dati dai quali l'indagine storico-giuridica non può prescindere: innanzitutto la nozione d'impresa ha trovato la sua collocazione, per lo meno a partire dall'Ottocento, più nelle dinamiche della produzione che in quelle dello scambio, nel senso che, sotto il profilo concettuale, essa è stata ricollegata all'idea del coordinamento dei fattori di produzione (appunto), e dunque più alla fabbrica, luogo simbolo della produzione di tipo capitalistico, che alla bottega, luogo simbolo di un'economia mercantile; in secondo luogo, e di conseguenza, la nozione d'impresa ha in campo economico evocato un fenomeno organizzativo, un insieme organizzato e complesso, fatto di persone (l'imprenditore, i collaboratori, gli impiegati, i lavoratori), beni materiali (le materie prime, i macchinari, gli attrezzi, i mezzi di produzione e di circolazione), beni immateriali (i marchi, la ditta, l'insegna, i brevetti), luoghi (lo stabilimento, le sedi, i depositi, le fabbriche, i locali di produzione, di smistamento e di vendita), valori (la formazione del personale, l'espe-

compagnie, i cartelli, ma anche qualsiasi «impresa» economica che comprenda l'agire di diverse persone, a partire dalla comunità di strumenti di due artigiani fino ad una concepibile associazione comunista mondiale» (ivi, p. 69). Cfr. su questa razionalità «burocratica» dell'impresa P. DE WOOT, *Pour une doctrine de l'entreprise*, Seuil, Paris 1968, trad. it. *Per una dottrina dell'impresa*, Etas Kompass, Milano 1969, pp. 104-132.

²⁴ «Si deve chiamare impresa acquisitiva di mercato» – scriveva M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 95 – «soltanto un tipo di attività acquisitiva che sia orientata in modo continuativo in base a possibilità di mercato, impiegando dei beni come mezzi di acquisizione, allo scopo di ottenere denaro, mediante la fabbricazione e lo smercio di beni richiesti, oppure mediante l'offerta di prestazioni richieste – e ciò sia con un libero scambio sia con uno sfruttamento di possibilità appropriate».

²⁵ M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 113.

rienza, l'ordine aziendale, lo spirito di gruppo, l'approvvigionamento, la clientela, l'avviamento)²⁶. Le sagome individuali, nella nozione economica, si dissolvono nella dimensione collettiva delle classi, dei gruppi, della comunità; la molecolarità dei beni, dei macchinari, dei rapporti e delle prestazioni si scioglie nella dimensione reticolare del patrimonio, della fabbrica, del tessuto aziendale; l'atomismo degli atti, dei negozi e dei contratti ritrova coerenza e unità nell'attività organizzata e continuativa dell'imprenditore.

Osservata da questa prospettiva, che altro non è se non quella che riflette le strutture economiche, la nozione d'impresa appare relegata ai margini del *Code de commerce* del 1807 e del diritto commerciale di tradizione napoleonica, non per un'immaturità del legislatore, dei codificatori, della scienza giuridica, ma per l'immaturità, ovvero, e meglio, per la diversa filosofia dei tempi. Il che non significa che il legislatore e la giurisprudenza, pratica e teorica, non conoscessero la nozione economica d'impresa, ma solo – e non è poco – che questa non affiorasse sul piano giuridico, che essa non fosse oggetto di disciplina legislativa, di riflessione teorica, di sistemazione scientifica.

Solo dal primo Novecento, quando l'asse del diritto commerciale si sarebbe spostato dallo scambio alla produzione, dall'individuo speculante alla comunità organizzata, dagli atti di commercio alla forma organizzativa del soggetto, la cultura giuridica avrebbe raccolto e fatto propri i concetti dell'economia, collocando l'impresa al cuore del sistema, non solo nel senso di elevarla a criterio di applicazione del diritto commerciale, ma anche per la pregiudizialità logico-sistematica che essa avrebbe assunto rispetto agli altri istituti, alle altre fattispecie, agli altri ambiti disciplinari: l'impresa era un bene autonomo e unitario, al di là di singoli elementi che potevano variare o scomparire; la circolazione, il trasferimento e la cessione dell'impresa erano altro dalla circolazione, dal trasferimento e dalla cessione di sue singole

²⁶ P. DE WOOT, *La funzione dell'impresa*, cit., pp. 23-24, ha parlato di: «risorse di direzione», comprendenti quelle «imprenditoriali», le quali assicurano all'impresa intuizione e dinamismo», e quelle «amministrative che le assicurano l'organizzazione, il coordinamento e il controllo delle sue attività»; «risorse di conoscenza, le quali permettono all'impresa di utilizzare i dati della scienza, della tecnologia e, in senso lato, tutte quelle branche del sapere capaci di aiutarla nel raggiungimento dei suoi obiettivi»; «risorse derivanti dal lavoro esecutivo»; «risorse di capitale» (macchinari, attrezzi, impianti, capitale circolante, liquidità); «risorse di materie prime e di possibilità d'approvvigionamento»; «risorse nascenti dalle infrastrutture»; «risorse derivanti dalla dimensione e dal potere economico»; «risorse fondate sulle relazioni commerciali, umane, industriali, giuridiche, pubbliche».

componenti; i segni distintivi, a lungo intesi come proiezioni, manifestazioni o estrinsecazioni della persona, andavano pensati, valutati e stimati nel loro collegamento funzionale con l'impresa; i brevetti industriali costituivano, prima ancora che il meritato riconoscimento dell'inventore, una componente essenziale del valore di un'impresa; la concorrenza sleale avrebbe potuto ledere l'identità personale del commerciante, ma determinava innanzitutto un illecito pregiudizio al valore commerciale di un'impresa; il fallimento e l'esecuzione forzata interessavano una molteplicità di beni, ma investivano in primo luogo un complesso unitario e organizzato, comprensivo di valori e di elementi immateriali, come la clientela e l'avviamento, i segni distintivi e i brevetti industriali, l'ordine di servizio e le autorizzazioni pubbliche, le competenze e l'esperienza.

Parlare di «percorsi storico-giuridici dell'impresa», pertanto, serve a storicizzare il contenuto di un'idea, a riportare sul terreno della storia un concetto che ha una sua precisa genesi, a ricordare che la nozione giuridica d'impresa è una categoria storica, una nozione che si delinea nel tempo, il risultato di un lungo processo e di un percorso di pensiero avviato dalla scienza giuridica austro-tedesca nel primo quindicennio del Novecento, ma che non può comprendersi, nella sua specificità storica, se non prendendo le mosse dal *Code de commerce* e da quell'ordine nuovo del quale il diritto napoleonico era espressione. Un ordine nuovo rispetto all'antico regime delle corporazioni e del particolarismo giuridico; ma un ordine già vecchio rispetto al maturo Ottocento, alla realtà del capitalismo industriale e alla ritrovata complessità del fenomeno giuridico.

PARTE PRIMA

IL *CODE DE COMMERCE* (1807) E
LE GEOMETRIE DEL *DROIT COMMERCIAL*

1. Libertà economica ed eguaglianza giuridica formale

Con l'emanazione, nel 1807, del *Code de commerce* francese, l'Europa si avviava verso una nuova fase del diritto commerciale, il cui nitore rifletteva il lavacro che la Rivoluzione aveva, con paragrafi e *pamphlets*, con la ghigliottina e col sangue, compiuto a scapito degli assetti propri della civiltà giuridica d'antico regime. Messo alle spalle il passato corporativo, archiviati l'impianto soggettivistico e la complessità ordinamentale, il diritto commerciale cessava di essere *ius mercatorum*, nel senso di diritto di corpo e di corporazione, diritto speciale di *uno dei possibili* soggetti giuridici, per diventare il diritto uniforme di *tutti* coloro che per una libera auto-determinazione avessero inteso esercitare un'attività economica¹. Nell'egualitarismo della modernità, il destinatario delle norme si sarebbe caratterizzato per «predicati accidentali»², come l'essere proprietario di immobili o di ricchezza mobiliare, titolare di fondi o commerciante di beni, che ne avrebbero determinato la sottoposizione ora al *Code civil* ora al *Code de commerce*³, il primo contenente il diritto di un'economia agricola e il regolamento della

¹ Vale la pena di ricordare che quasi contemporaneamente, in Prussia, l'ALR del 1794 riservava l'applicazione dell'«Handelsrecht» al solo «Bürgerstand» (II, 8), dalla sua applicazione rimanendo esclusi tanto l'«Adelstand» quanto il «Bauernstand».

² L'espressione è di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 39. Vale, già per il *Code de commerce*, l'osservazione di F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Athenäum Fischer, Frankfurt am Main 1974, trad. it. *Diritto privato e società industriale*, ESC, Napoli 1983, p. 12, in base alla quale «il diritto commerciale, come diritto della categoria dei commercianti, costituisce un'eccezione soltanto apparente, poiché non è affatto il diritto di una corporazione. Esso è accessibile a chiunque compia affari di commercio; perciò è soltanto il diritto particolare della funzione commerciale». Si ricorda a tal proposito la distinzione – illustrata da P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 19, 1973, I, pp. 209-229 – fra «status», da un lato, che esprime una condizione permanente e strutturale, sovente legata all'«appartenenza ad un gruppo», e «situazione», dall'altro, che ha «carattere episodico e temporaneo» (p. 212).

³ Sul rapporto tra *Code de commerce* e *Code civil* C. DELPLANQUE, *La codification du droit commercial: une exception du Code civil?*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007. Les actes des colloques*, Dalloz, Paris 2008, pp. 85-97.

proprietà fondiaria, il secondo destinato a disciplinare la circolazione della ricchezza mobiliare, ma entrambi, come suggeriva già Portalis, nella loro essenza imperniati sul diritto di proprietà e su uno statuto individualistico⁴.

Il *Code de commerce*, in questo quadro d'insieme, esprimeva, nello specifico settore della circolazione delle merci, i motivi salienti, ed uno all'altro concatenati, della cultura giuridica del tempo, e più specificamente quegli aspetti che, emersi nel decennio rivoluzionario, erano usciti indenni dalla temperie napoleonica: eguaglianza giuridica formale, unicità del soggetto di diritto, prospettiva individualistica, egemonia del diritto di proprietà. Per questa ragione, evidentemente, il *Code* non era, come con giudizio ingeneroso il critico severo potrebbe supporre, «l'ordonnance de Colbert retouchée et rajeunie», una mera opera di ripetizione e di consolidazione delle *ordonnances* di Luigi XIV⁵; non solo perché sul piano storico già all'indomani dell'emanazione dell'*Ordonnance du commerce*, nel marzo del 1673, la Francia aveva avviato un percorso di revisione fatto di critiche e di proposte, fino alla

⁴ Nel suo *Discours préliminaire*, pronunciato il 1° piovoso dell'anno IX (1801) dinanzi al *Conseil d'État*, Jean-Étienne-Marie Portalis, in F. EWALD, *Naissance du Code civil. Travaux préparatoires du Code civil*, Flammarion, Paris 2004, pp. 77-78, differenziava l'applicazione delle due legislazioni, civile e commerciale, a seconda della natura, mobiliare o immobiliare, del bene: «les biens se divisent en meubles et immeubles. C'est la division la plus générale et la plus naturelle. Les immeubles de chaque pays sont communément possédés par se habitants. Jusqu'ici la plupart des États ont eu des lois qui dégoûtaient les étrangers de l'acquisition de leurs terres; il n'y a même que la présence du maître qui les fasse valoir: ce genre de richesse appartient donc à chaque État en particulier. Mais les effets mobiliers, comme l'argent, les billets, les lettres de change, les actions dans les banques ou sur les compagnies, les vaisseaux, toutes le marchandises, appartiennent au monde entier, qui, dans ce rapport, ne compose qu'un seul État dont toutes les sociétés sont les membres. Le peuple qui possède le plus de ces effets mobiliers, est le plus riche. Chaque État les acquiert par l'exportation de ses denrées, par le travail de ses manufactures, par l'industrie et les découvertes de ses négocians, par le hasard même. La distinction des immeubles et des richesses mobilières, nous donne l'idée des choses purement civiles et de choses commerciales. Les richesses mobilières sont le partage du commerce; les immeubles sont particulièrement du ressort de la loi civile». Cfr. J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français (1804-1965)*, tome I, PUAM, Aix-en-Provence 2004, p. 180. In questa prospettiva, all'insegna dell'individualismo proprietario, sembra opportuno attenuare le differenze, esaltate da F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna 1976, pp. 81 ss., e *La categoria storica del diritto commerciale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 6, 1976, pp. 59-65, tra il *Code Napoléon*, «quale diritto di un'economia agricola», e il *Code de commerce*, quale «codice della borghesia industriale e commerciale», perché entrambi imperniati sull'individuo e funzionali agli interessi della borghesia proprietaria.

⁵ H. MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale. De l'Ordonnance de Colbert à nous jours. 1673-1949*, Pedone, Paris 1951, p. 126. Cfr. anche S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in «Materiali per una storia della

redazione di progetti (*Miromesnil* il più celebre) dai contenuti talvolta profondamente innovativi⁶, ma anche e soprattutto perché esso si andava in tutto e per tutto ad incardinare nelle nuove logiche dello Stato moderno, a cominciare dalla libertà economica del nuovo individuo giuridico, «uno dei più importanti benefici della vita civile»⁷.

Al principio del titolo I del *Code de commerce*, non a caso, la sezione degli Interni del *Conseil d'état* aveva proposto di inserire un articolo con il

cultura giuridica», 18, 1/1988, p. 26, ma soprattutto, di J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Paris 1986, pp. 79-91; *Droit commercial*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF, Paris 2003, pp. 439-445; *Propos historique sur le Code de commerce de 1807 et l'avenir de la codification*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007*, cit., pp. 69-84.

⁶ Nel *Projet Miromesnil*, diviso in undici titoli, promosso dal guardasigilli Hue de Miromesnil, elaborato a partire dal 1778 da una commissione composta da sei membri e presieduta da Jacques-Marie-Jerome-Michaud de Montaran, si contavano numerose novità, in materia di interessi, fallimento, giurisdizione, società. Sui progetti che precedettero e prepararono l'emanazione del *Code de commerce* cfr. da ultimo U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione*, in C. ANGELICI, M. CARVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori, Milano 2008, in particolare pp. 1-7. Si vedano inoltre, a parte la breve comunicazione di R. BIGO, *Les rédacteurs du Code de commerce*, in «Revue historique de droit français et étranger», IV série, 8, 1929, pp. 426-427; E. BLUM, *Le projet de revision attribué a Miromesnil de l'Ordonnance de Mars 1673 sur le commerce*, in «Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger», 37, 1913, pp. 511-543; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, cit., pp. 79-85; H. LÉVY-BRUHL, *Les origines du Code de commerce français*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, vol. III, *Storia del diritto italiano e diritti stranieri*, Cedam, Padova 1938, pp. 221-224; ID., *Un projet de Code de Commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)*, Imprimerie Nationale, Paris 1932, con lavori preparatori e testo del progetto; A. PADOA SCHIOPPA, *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, LED, Milano 1992, specialmente pp. 63-79; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Paris 1989, pp. 137-141. Per un accurato raffronto, per così dire sinottico, fra il *Code Savary* e il *Projet Miromesnil* (1782), cfr. H. MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale*, cit., pp. 61-123.

⁷ G.D. ROMAGNOSI, *Collezione degli articoli di economia politica e statistica civile*, Piatti, Firenze 1835, p. 55. Sui rapporti tra il *Code de commerce* e il liberalismo politico ed economico, tra «rigueur» e «laissez-faire», P. LE CANNU, *Le Code de commerce, un code libéral?*, in *1807-2007. Bicentenaire du Code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, Paris 2007, pp. 33-50. Sul fatto che il *Code de commerce* abbia segnato in realtà un «tournant capital», sebbene aggrappato all'«économie du XVIII^e siècle», J. HILAIRE, *Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la chambre commerciale*, in *1807-2007. Bicentenaire du Code de commerce*, cit., pp. 1-21, e ID., *Propos historique sur le Code de commerce*, cit., specialmente pp. 74-75 e 80-81. Cfr. anche, in questo senso, P. SPADA, *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, a cura di S. Rossi e Claudia Storti, Atti del Convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, Insubria University Press, Varese 2009, pp. 33-38.

quale solennemente sancire che «*toute personne a le droit de faire le commerce en France*», sì da, come spiegava Regnaud (1761-1819), marcare la distanza dall'*Ordonnance* del 1673 e consacrare il principio secondo il quale «*pour se livrer au négoce, il n'est pas besoin d'être agrégé à une corporation*»⁸. Libertà economica, nell'incipiente contesto industriale, significava non solo che «*la volonté seule donne le droit de faire le commerce*»⁹, che ciascuno potesse liberamente intraprendere un'attività industriale, commerciale, artigianale o professionale, senza dover prima ottenere l'ammissione in una corporazione in virtù di apprendistati cooptanti, privilegi sovrani e requisiti parentali, ma anche che ciascuno avrebbe liberamente potuto decidere le qualità e i caratteri da imprimere alle sue merci, alla sua attività, ai suoi prodotti¹⁰. Significava, in altri termini, dar fiato ulteriore alle aspirazioni dell'individuo e attorno a lui costruire, anche dal punto di vista economico, una realtà fatta su misura, così come, sul piano normativo, era stata progressivamente fissata da un editto di Turgot, dalle leggi del 1791, dalle dichiarazioni e dalle costituzioni del decennio rivoluzionario¹¹.

Già con un editto del febbraio 1776, infatti, Turgot aveva provato, conformemente alla sua impostazione economica di ispirazione liberistica, a sopprimere l'assetto corporativo e ad introdurre la libertà economica, prevedendo, a tal fine, che «*il sera loisible à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, même à tous étrangers, ... d'embrasser et d'exer-*

⁸ Regnaud de Saint Jean D'Angély era relatore, dinanzi al Corpo legislativo, per il primo libro del *Code de commerce*. La proposta non ebbe seguito e l'articolo fu soppresso, principalmente perché si ritenne che una tale dichiarazione, appunto per la sua portata costituzionale e per le sue implicazioni politiche, avrebbe dovuto trovare spazio, più che in un codice di diritto privato, in una carta costituzionale, in una dichiarazione, in un «code politique» (così Jaubert nella seduta del Consiglio di Stato del 4 novembre 1806): cfr. J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce ou Commentaire puisé dans les Procès-verbaux du Conseil d'État, les Exposés de motifs et discours, les Observations du Tribunal, celles des Cours d'appel, Tribunaux et Chambres de Commerce*, Garnery, Paris 1807-1813, tome I, pp. 5-6.

⁹ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 236.

¹⁰ Significava, per usare le parole di H. COING, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Band II, 19. *Jahrhundert*, Beck, München 1989, p. 148, che «*jeder Unternehmer, jeder Handwerker seine Produktionsweise sowie die Qualität seiner Produkte selbst bestimmen konnte*».

¹¹ Per un profilo storico sulla libertà di commercio, tra rottura e continuità, A. BÜRGE, '*Liberté du commerce*' im Brennpunkt der französischen Revolution: vom Merkantilismus zum Liberalismus, in «*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*», 59, 1991, pp. 111-137, e G. FACCARELLO, *La «liberté du commerce» et la naissance de l'idée de marché comme lien social*, in *Histoire du libéralisme en Europe*, sous la direction de P. Nemo et J. Petitot, PUF, Paris 2006, pp. 206-253.

cer dans tout notre royaume ... telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon leur semblera, même d'en réunir plusieurs», con la conseguente abolizione di «tous les corps et communautés de marchands et artisans, ainsi que les maîtrises et jurandes», e l'abrogazione di «tous privilèges, statuts et règlements donnés ausdits corps et communautés» (art. 1)¹². La discussione, aspra, tesa, a tratti irriverente, che l'editto avrebbe provocato in seno al Parlamento di Parigi, era la dimostrazione di una prospettiva di riforma che mirava a sovvertire un regime con radici secolari e a minacciare gli interessi costituiti di ordini privilegiati: nel corso della seduta, il 12 marzo del 1776, nel Parlamento parigino si sarebbero fronteggiate due opposte visioni, l'una protesa verso il futuro (forse più per necessità che per convinzione), decisa a smantellare l'ordine costituito, l'altra arroccata sui privilegi corporativi dell'antico regime, pronta ad evocare l'autorità «des rois vos augustes prédécesseurs», l'ascendente di Enrico IV, «cette idole de la France», il prestigio di Colbert, «ce génie créateur», per dimostrare al re che era stato il «bien public» ad esigere «l'erection des maîtrises et des jurandes» e che l'abolizione delle corporazioni sarebbe stata un gigantesco equivoco, si sarebbero distrutti, anziché gli abusi, «les corps où ces abus peuvent exister»¹³.

¹² *Édit portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers*, in A.-J.-L. JOURDAN, F.-A. ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Belin-Leprieur, Verdière, Paris 1821-1833, tome XXIII (1826), pp. 370-386 (citazione a p. 380). Sulle radici storiche del liberismo in Francia S. MEYSSONNIER, *Aux origines de la science économique française: le libéralisme égalitaire*, in *La Révolution française et le développement du capitalisme*, Actes du colloque de Lille, 19-21 novembre 1987, sous la direction de G. Gayot et J.-P. Hirsch, Revue du Nord, Lille 1989, pp. 111-124. Le vicende che precedettero e accompagnarono la soppressione del regime corporativo, lo stato, il numero e le regole delle corporazioni alla vigilia dell'editto di Turgot, sono ricostruiti da E. MARTIN SAINT-LÉON, *Histoire des corporations de métiers. Depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791*, Slatkine-Megariotis, Geneve 1976, Réimpression de l'édition de Paris 1922, pp. 533-617. Si vedano inoltre le considerazioni E. LEVASSEUR, *Histoire des classes ouvrières en France depuis la conquête de Jules César jusqu'à la Révolution*, tome II, Guillaumin et C^{ie}, Paris 1859, in particolare pp. 341-457.

¹³ Il re, invece, avrebbe tutt'al più dovuto determinarsi a diminuirne il numero, «à les réformer, et non à les détruire». Nel corso della seduta, il cui verbale può leggersi in JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., tome XXIII, specialmente pp. 405-437, il re dichiarava, per bocca del suo guardasigilli, di essersi reso conto che «ces sortes de corporations, en favorisant un certain nombre de particuliers privilégiés, étoient nuisibles à la plus grande partie de ses sujets», sicché aveva deciso «de les supprimer, de rétablir tout dans l'ordre naturel, et de laisser à chacun la liberté de faire valoir tous les talents dont la Providence l'aura pourvu»; grazie a questa «loi salutare, les commerçants réuniront tous les genres de moyens dans lesquels leur industrie les rendra le plus capables de conserver

Al termine della seduta, di fronte alle ripetute rimostranze del Parlamento, l'editto di Turgot sarebbe stato registrato in forza di un *lit de justice* tenuto da Luigi XVI¹⁴; ma qualche mese dopo, nell'agosto del 1776, il re, con un nuovo editto, emanato per limitare «les procès qui existoient avant ladite suppression» e per arginare «les contestations fréquentes» dei mercanti, avrebbe ripristinato la classificazione dei mercanti e degli artigiani in classi, secondo il genere di commercio, professione o mestiere esercitati, creato quarantaquattro comunità di arti e di mestieri e sei corpi di mercanti, ristabilito requisiti di età, di parentela, di registrazione e di “polizia” per l'ammissione ai corpi e alle comunità (artt. 10-17)¹⁵.

et d'augmenter leur fortune, et d'assurer le sort de leurs enfants. Les artisans auront la faculté d'exercer toutes les professions auxquelles éls seront propres». L'esercizio di questa «heureuse liberté», d'altra parte, sarebbe stato disciplinato «par de sages réglemens, afin d'éviter les abus auxquels les hommes ne sont que trop sujets à se livrer»: così, secondo le previsioni del re, l'entrata in vigore dell'editto proposto da Turgot avrebbe favorito «les progrès et la perfection des arts», avrebbe evitato «aux particuliers des dépenses aussi ruineuses que superflues», avrebbe aumentato «les profits légitimes des marchands» e avrebbe commisurato «les salaires des ouvriers au prix des denrées nécessaires à la vie. Le nombre des indigents diminuera, et les secours que l'humanité procure à ceux que l'âge et les infirmités réduisent à l'inaction, deviendront plus abondant». Il Parlamento, specie nelle opinioni di Antoine-Louis Séguier, era di tutt'altro avviso: l'editto avrebbe recato «un préjudice essentiel aux propriétés des pauvres comme des riches», ma avrebbe soprattutto rappresentato «une nouvelle atteinte à la franchise naturelle de la noblesse et du clergé»; avrebbe implicato l'abbandono della «certitude du présent pour un avenir incertain»; «la liberté» era «sans doute le principe de toutes les actions», ma non si poteva certo passare da un estremo all'altro, introdurre «une liberté indéfinie, qui ne connoît d'autres lois que ses caprices, qui n'admet d'autres règles que celles qu'elle se fait à elle-même. Ce genre de liberté n'est autre chose qu'une véritable indépendance; cette liberté se changeroit bientôt en licence, ce seroit ouvrir la porte à tous les abus», sarebbe stata «un principe de destruction, une source de desordre, une occasion de fraude et de rapines, dont la suite inévitable seroit l'anéantissement total des artes et des artistes, de la confiance et du commerce».

¹⁴ «Le roi, séant en son lit de justice, a ordonné et ordonne, que l'édit qui vient d'être lu sera enregistré au greffe de son parlement, et que sur le repli d'icelui, il soit mis que la lecture a été faite, et l'enregistrement ordonné, ouï son procureur général, pour être le contenu en icelui exécuté selon sa forme et teneur, et copies collationnées envoyées aux bailliages et sénéchaussées du ressort, pour y être pareillement lues, publiées et registrées: enjoint aux substituts du procureur du roi d'y tenir la main, et d'en certifier la cour dans le mois»: cfr. JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., tome XXIII, p. 431.

¹⁵ L'*Édit portant modifications de l'édit de février 1776 sur la suppression des jurandes*, registrato il 28 agosto del 1776, diviso in 51 articoli e consultabile in JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., tome XXIV (1826), pp. 74-89, stabiliva in particolare con l'art. 1 che «les marchands et artisans de notre bonneville de Paris seront classés et réunis, suivant le genre de leur commerce, profession ou métier; à l'effet de quoi nous avons rétabli et rétablissons, et en tant que besoin est, créons et érigeons de nouveau six corps de marchands, y compris celui des orfèvres, et quarante-quatre communautés d'arts et métiers. Voulons que lesdits corps et communautés jouissent, exclusivement à tous autres, du droit d'exercer les commerces, métiers et professions qui leur sont attribués et dénommés en l'état arrêté en notre conseil, lequel demeurera annexé à notre présent édit».

Era uno degli ultimi colpi di coda, il sussulto effimero di una resistenza tenace, destinata a dissolversi nel generale processo di superamento dei particolarismi e dei privilegi iniziato con la celebre notte del 4 agosto 1789¹⁶. A quindici anni da quel combattuto 1776, all'interno di una cornice normativa sempre più limpidamente delineata, via via irrobustita da principi proclamati nelle dichiarazioni e nelle costituzioni del decennio rivoluzionario, lo smantellamento dell'assetto corporativo e il riconoscimento della libertà economica diventavano realtà¹⁷. L'Assemblea costituente varava nel 1791 due celebri leggi, a distanza di soli tre mesi una dall'altra, con le quali solennemente consacrava, anche sotto il profilo economico, l'individualismo giuridico della modernità: la prima, la legge *d'Allard*, sostituiva al regime corporativo la libertà di iniziativa economica, riconoscendo a ciascuno il diritto di liberamente intraprendere un'attività commerciale o professionale¹⁸; la seconda, la legge *Le Chapelier*, faceva dell'annientamento delle corporazioni «une des bases fondamentales de la constitution française» (art. 1), così da vietare per l'innanzi associazioni e raggruppamenti basati su pretesi interes-

¹⁶ J.-P. HIRSCH, *La nuit du 4 août*, Gallimard/Julliard, Paris 1978. Sui nessi tra l'affermazione delle codificazioni e l'abolizione dei privilegi cfr. H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. Und 19. Jahrhundert*, in Id., *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*, Klostermann, Frankfurt am Main 2000, pp. 295-348.

¹⁷ A parte le celebri norme della Dichiarazione del 1789, ci si limita a ricordare che nel preambolo della Costituzione francese del 3 settembre del 1791, nel più generale programma volto ad abolire «irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits», l'Assemblea nazionale ribadiva che «il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers», mentre con l'art. 17 della Costituzione montagnarda del 24 giugno 1793, la Convenzione ribadiva che «nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens». Nella Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795), inoltre, l'art. 355 confermava che «il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation à la liberté de la presse, du commerce, et à l'exercice de l'industrie et des arts de toute espèce. – Toute loi prohibitive en ce genre, quand les circonstances la rendent nécessaire, est essentiellement provisoire, et n'a d'effet que pendant un an au plus, à moins qu'elle ne soit formellement renouvelée», e l'art. 356 precisava che «la loi surveille particulièrement les professions qui intéressent les mœurs publiques, la sûreté et la santé des citoyens; mais on ne peut faire dépendre l'admission à l'exercice de ces professions, d'aucune prestation pécuniaire».

¹⁸ Il primo comma dell'art. 7 della Legge *d'Allard*, 2-17 marzo 1791, in J.B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État*, Guyot et Scribe, Paris 1834², tome II, pp. 230-234, stabiliva che «a compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux réglemens de police qui sont ou pourront être faits».

si comuni¹⁹. Entrambe, più che dichiarare un principio o contenere un precepto, contribuivano a demolire un ordine, un assetto, un regime, introducendone, al contempo, uno nuovo fondato sulla «liberté»: «désormais» – come ha scritto Georges Ripert – «l’homme a la disposition des capitaux qu’il a accumulés ou empruntés; il exerce le commerce ou l’industrie qu’il lui plaît, il en vend librement les produits, il se procure par le contrat de travail d’autrui»²⁰.

2. I riflessi del nuovo ordine nella sfera del diritto commerciale

La fine dell’ordinamento corporativo e del sistema dei privilegi, l’avvento della libera iniziativa e lo sviluppo industriale di impronta capitalistica, sancivano dunque il tramonto di un’epoca e l’avvento di un assetto socio-economico completamente rivoluzionato, fondato non più su organizzazioni ultra-individuali, su organismi collettivi e su aggregazioni di interessi, ma solo ed esclusivamente su individui²¹. Il nuovo corso faceva propria la libertà d’iniziativa economica, sancita dalle leggi d’Allard e Le Chapelier, la filosofia

¹⁹ I divieti sarebbero stati inaspriti dalla legge 12 aprile 1803 (22 germinale anno XI), per essere poi ripresi, sul piano del diritto penale, dagli artt. 291 ss., 415 e 416 del *Code penal*. Della *loi Le Chapelier*, ossia la legge 14-17 giugno 1791, in J.B. DUVERGIER, *Collection complète*, cit., tome III, pp. 22-23, che si può dire aver dato avvio al generale processo di “decorporativizzazione” e di liberalizzazione dell’economia, vale la pena di ricordare almeno le disposizioni con le quali si vietava di ristabilire le corporazioni «de fait, sous quelque prétexte et quelque forme» (art. 1), si negava ai «citoyens d’un même état ou profession» che «se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs» (art. 2), si dichiaravano «inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l’homme, et de nul effet» gli accordi fra artigiani o commercianti volti, «contre les principes de la liberté et de la constitution», «à n’accorder qu’à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux» (art. 4), si stabiliva che «tous attroupements composés d’artisans, ouvriers, compagnons, journaliers ou excités par eux contre le libre exercice de l’industrie et du travail, appartenant à toutes sortes de personnes, et sous toute espèce de conditions convenues de gré à gré, ou contre l’action de la police et l’exécution des jugements rendus en cette matière, ainsi que contre les enchères et adjudications publiques de diverses entreprises, seront tenus pour attroupements séditieux, et, comme tels, ils seront dissipés par les dépositaires de la force publique, sur les réquisitions légales qui leur en seront faites, et punis selon toute la rigueur des lois sur les auteurs, instigateurs et chefs desdits attroupements, et sur tous ceux qui auront commis des voies de fait et des actes de violence» (art. 8).

²⁰ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1946, pp. 9-10.

²¹ P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, I.U.S.O.B., Napoli 2003.

individualistica, giunta a maturazione attraverso l'umanesimo, il giusnaturalismo e l'illuminismo, e la logica proprietaria, saldamente fondata sull'ideologia politica di Locke, sulle dottrine fisiocratiche, sulle dichiarazioni e le costituzioni del decennio rivoluzionario, sull'art. 544 del *Code Napoléon*²².

La bandiera del nuovo ordine, tessuta dagli *ideologues* dell'età rivoluzionaria e cucita dagli *artisans du droit* del regime napoleonico, recava i colori della libertà economica e della libera concorrenza, gli stemmi dell'individuo e della proprietà. Il progetto di un diritto semplice, in nome del quale la Rivoluzione aveva proposto di uniformare lo spazio giuridico nel segno della Nazione, di dissolvere il pluralismo degli ordinamenti giuridici nell'unità dello Stato, di ridurre il particolarismo delle fonti al monismo della legge, di unificare i cittadini differenziati nel soggetto unico di diritto e di concentrare la pluralità dei *dominia* nella proprietà, presupponeva la costruzione di un diritto privato che prendesse come riferimento individualità indipendenti, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo²³.

Il *Code de commerce*, da questo punto di vista, incarnava alla perfezione, nel settore del commercio, la costituzione giuridica del nuovo ordine socio-economico²⁴. Idealmente eliminato ogni diaframma tra potere pubblico e individuo, esso riproduceva l'affresco di una società uniforme, composta da individui, da soggetti eguali nella loro individualità, senza distinzioni basate sull'appartenenza ad ordini, corporazioni, ceti; guardava entità semplici, al pari del suo omologo "civile", sia sotto il profilo personale («individus», «commerçants») che sotto il profilo reale («actes de commerce»), assumen-

²² Un primo quadro d'insieme sulla «nouvelle conception de l'ordre social et du droit» può trarsi dalla lettura di B. BASDEVANT-GAUDEMÉT et J. GAUDEMÉT, *Introduction historique au droit. XIII^e-XX^e siècles*, LGDJ, Paris 2003², pp. 322-360.

²³ Una vera e propria ossessione di «tout simplifier», per usare le parole pronunciate da Portalis nel suo *Discours préliminaire*, in F. EWALD, *Naissance du Code civil*, cit., p. 39. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in «Ars interpretandi», 16, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 57-79.

²⁴ Come tale, anch'esso metteva un punto alla legislazione pre-vigente, che veniva abrogata dall'art. 2 della legge 15 settembre 1807, anche se, a differenza del *Code civil*, nulla significativamente si diceva sulle *coutumes*, sul *droit commercial non écrit*: «à dater dudit jour 1^{er} janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit code, sont abrogées». È un punto, quello della congenita novità del *Code de commerce*, quale specchio della costituzione economica post-rivoluzionaria, che ha molto bene colto P. SPADA, *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in *Negozianti e imprenditori*, cit., pp. 117-140, e *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, cit., pp. 33-38.

do implicitamente, quale individuo di riferimento, un proprietario, e più specificamente un proprietario di ricchezza mobiliare, più tardi di ricchezza cartolare, ma comunque un individuo che esercitava un diritto di proprietà sui beni, che speculava acquistando e rivendendo, e che stipulava liberamente, come ogni altro individuo e come per ogni altro rapporto, in forza di un'ampia "signoria del volere"²⁵.

A costo di un'eccessiva semplificazione, potrebbe dirsi che il referente del *Code de commerce* era, sotto il profilo antropologico, un individuo, sotto il profilo economico un commerciante, sotto il profilo giuridico innanzitutto e prima di tutto un proprietario. La concezione politico-filosofica che sottintendeva l'impianto del *Code* gravitava attorno all'individuo, e segnatamente, come sottolineava l'*orateur* del Tribunato, a quell'«individuo qui, par un mouvement spontané, se jette dans la sphère des opérations commerciales»²⁶. Non solo: nel fulgore di una filosofia economica dello scambio e della circolazione, del commercio in senso stretto insomma, tale individuo, secondo l'ottica del legislatore napoleonico, assumeva i tratti non già di un imprenditore, né di un industriale, bensì di un commerciante; ma dal punto di vista giuridico, avuto riguardo alle operazioni compiute, il commerciante, e quindi il referente del *Code de commerce* e il naturale destinatario delle norme, risultava essenzialmente un proprietario, un proprietario assoluto, che esercitava sulla cosa un diritto potestativo e che di essa disponeva in virtù di atti di trasferimento, contratti reali, compré, vendite, cambiali, titoli di credito²⁷.

²⁵ Sul valore "costituzionale" della libertà contrattuale cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, Paris 1912. Alla base del riconoscimento del dogma della volontà, anche quale giustificazione teorica dell'eventuale disciplina di favore riservata al commerciante, stava pure l'utilitaristica ottica di scambio tra concessione di libertà ed interesse dello Stato: J.-F. NIORT, *Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon*, in «Archives de philosophie du droit», 37, 1992, *Droit et économie*, pp. 101-119; Id., *Homo civilis*, cit., pp. 198-203. Restava ovviamente fermo, anche per i commercianti, il generale limite dell'ordine pubblico e del buon costume, sancito dall'art. 6 del titolo preliminare del *Code civil*: «on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

²⁶ Così Antoine François Delpierre (1764-1854), uno degli oratori incaricati di esprimere la posizione del Tribunato al Corpo legislativo, in J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 242. Ma la centralità dell'individuo, il suo essere unità di riferimento per il *droit commercial*, emerge in ogni piega del *Code* e delle opere di commento.

²⁷ Sullo sviluppo dell'individualismo giuridico in rapporto alla proprietà si rinvia a quanto si è avuto modo di osservare in F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1/2004, pp. 37-72,

Il «commerçant» era un proprietario; gli «actes de commerce» erano o comunque rilevavano in quanto atti di trasferimento o di disposizione della proprietà²⁸. Entrambi, «commerçant» e «actes de commerce», altro non erano, a ben guardare, che una specifica manifestazione, nel campo del diritto commerciale, dello spirito e della filosofia del tempo, dei loro paradigmi concettuali, delle loro categorie: individuo, proprietà, contratti.

Il *Code de commerce* disegnava pertanto un diritto a misura di individuo, incentrato sulla proprietà e sul contratto, che rappresentavano, nel diritto civile come nel diritto commerciale, i cardini tecnici e filosofici dell'ordine napoleonico, i mezzi giuridici di esplicazione della personalità individuale, «les deux bases qui vont permettre la création d'un ordre nouveau»²⁹: il contratto, «convenzione mediante la quale una o più persone si obbligano, verso

e *Nel segno dei tempi. Marchi, persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Giuffrè, Milano 2005, specialmente pp. 18-26. Sulla nascita della nozione giuridica di proprietà moderna, e sui nessi di questa con l'individualismo, si vedano, di P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992, specialmente pp. 439-569, e *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno di Pontignano (30 settembre - 3 ottobre 1985), a cura di E. Cortese, Giuffrè, Milano 1988, specialmente pp. 254-272, ma ora anche in P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., pp. 603-665. Sul rapporto e sui nessi tra individualismo, modernità e proprietà, si vedano inoltre, sotto diversi profili e con differenti prospettive, P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Boringhieri, Torino 1987; F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1984; A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, PUF, Paris 1993, trad. it. *Storia dell'individualismo*, Il Mulino, Bologna 1994; C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, 1962, trad. it. *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, ISEDI, Milano 1973; P. RESCIGNO, *L'“individualismo” nel Code civil*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Atti del convegno dei Lincei, Roma 20 dicembre 2004, Bardi, Roma 2006, pp. 55-88; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna 1990², pp. 75 ss.; G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. I, *Individualismo e diritto privato*, 1911, Giappichelli, ed. Torino 1959, specialmente pp. 170-183; M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, Paris 1949², pp. 323-348.

²⁸ Ciò era anche in linea con le dottrine fisiocratiche di Quesnay (1694-1774) e Mercier De La Rivière (1719-1801), in particolare con l'idea che il sistema economico dovesse essere, anche grazie al filtro della legislazione positiva, il riflesso di un ordine naturale nel quale il proprietario, originariamente di terre ma poi anche di capitale mobiliare, mantenesse una posizione di supremazia e di centralità: cfr. G. REBUFFA, *Il contributo della fisiocrazia alla formazione della nozione di imprenditore*, in *La formazione del diritto moderno in Europa*, vol. III, Olschki, Firenze 1977, pp. 1347-1362.

²⁹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, cit., p. 11. L'«oeuvre de codification» – come rilevato da J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, cit., p. 85 – «avait étroitement rattaché le droit commercial au droit civil». Sugli «istituti-cardine» della proprietà e del contratto, funzionali all'individualismo del *Code civil*, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 564-569.

una o più altre, a dare, fare o a non fare qualche cosa» (art. 1101 *Code civil*), sarebbe diventato il simbolo della libertà personale, lo strumento attraverso il quale la persona avrebbe potuto dar corpo alle sue aspirazioni individuali; la proprietà, «diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera la più assoluta» (art. 544 *Code civil*), esprimeva al meglio, quale proiezione del soggetto sulle cose, la condizione fisica della libertà, il «droit exclusif» ed «en principe illimité de l'individu»³⁰.

In quest'ordine, rigorosamente individualistico, ossessivamente incentrato sulla proprietà e sul contratto, il *Code de commerce* si votava allo scambio, alla circolazione della proprietà, all'intromissione e alla speculazione, senza nessuna concessione alla dimensione collettiva, ad una considerazione complessa del fenomeno imprenditoriale. La rappresentazione normativa del commerciante si fermava a quella di un individuo che poneva in essere atti di intermediazione e di scambio; più che un imprenditore industriale a capo di un'organizzazione, un proprietario-commerciante intento a compiere atti di commercio e a stipulare contratti con individui paritari e parimenti sovrani, conformemente alla visione di una società formata da «individus libres et indépendants, maîtres absolus de leur activité et de leurs biens, unis entre eux seulement par des rapports contractuels d'échange»³¹. Restavano sullo sfondo, gli uni geneticamente ricompresi nell'altro, i profili organizzativi dell'organismo imprenditoriale e il momento produttivo dell'attività industriale, non soltanto nel senso di una sostanziale irrilevanza dell'organizzazione economica, ma anche e soprattutto per la conseguente indifferenza nei confronti di tutte quelle vicende che avrebbero assunto un significato totalmente nuovo se e in quanto collegate ad una nozione d'impresa incentrata sulla dimensione collettiva e su una struttura complessa: la cessione, la locazione e in genere la circolazione dei beni d'impresa non già come singoli elementi, ma come oggetto unitario complessivo, comprensivo di avviamento, clientela e valori immateriali; l'impresa come oggetto unitario di esecuzione forzata e di attivo fallimentare³²; la concorrenza sleale come lesione non della persona del commerciante ma del valore patrimoniale dell'impresa; i

³⁰ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., pp. 333-337.

³¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, cit., p. 42.

³² F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, Milano 2010, pp. 161-204.

segni distintivi non come segni della persona ma come segni dell'impresa³³; i brevetti non solo come diritti di una persona ma come componenti essenziali di un'organizzazione produttiva³⁴; l'azienda non come pluralità amorfa di beni in proprietà ma come complesso unitario a servizio di un'attività imprenditoriale.

Non si poteva chiedere al *Code*, al principio dell'Ottocento, di prefigurare dinamiche economiche che solo alla fine del secolo la cultura giuridica avrebbe metabolizzato, pretendere da esso la sistemazione giuridica di una realtà socio-economica che solo negli anni a venire si sarebbe compiutamente dispiegata, esigere dai commissari di indossare i panni di presaghi, di indovini, di àuguri³⁵. Il diritto avrebbe atteso a lungo prima di registrare le dinamiche scandite dall'economia industriale, avrebbe stentato nel riconoscere le situazioni giuridiche e le combinazioni di cose, i diritti, le istituzioni e i rapporti che trascendevano l'economia "proprietaria", la filosofia individualistica e la dimensione circolatoria dello scambio. La logica del *Code* era tutta qui: il suo nervo non era e non poteva essere l'impresa, ma l'individuo (commerciante, proprietario), e insieme a lui, come rilevava efficacemente Locré (1758-1840), segretario generale del Consiglio di Stato, gli «actes isolés de négoce»³⁶.

Il mondo della produzione e dell'industria, quello che nel XX secolo sarebbe diventato oggetto del diritto dell'economia e dell'impresa, restava

³³ F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi*, cit., specialmente pp. 81-175.

³⁴ F. MAZZARELLA, *Diritto e invenzioni. Un'introduzione storica*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 83, 2010, pp. 69-138.

³⁵ Come rilevato da C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Colin, Paris 1970, p. 8, i codici, pur aspirando «à l'éternité juridique», non potevano avere alcuna consapevolezza dell'«avenir social et économique», sicché «le droit commercial napoléonien n'est sûrement pas celui de l'entreprise», quest'ultima intesa solo «dans le sens de contrat d'entreprise, c'est-à-dire de fourniture de services».

³⁶ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 261. Membro di una famiglia di mercanti, dal 1787 avvocato presso il Parlamento di Parigi, Jean-Guillaume Locré, nato a Lipsia nel marzo del 1758 e morto a Mantes nel dicembre del 1840, fu nominato il 24 dicembre del 1799 segretario del Consiglio di Stato, dopo essere stato segretario del Comitato di legislazione della Convenzione (1794) e segretario redattore del Consiglio degli Anziani (1795). Forte della fiducia personale di Napoleone, avrebbe conservato fino ai Cento giorni cariche di prestigio, prendendo parte al processo di redazione dei codici e delle leggi più importanti. Fra le sue opere, oltre quella già citata, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, Paris 1805-1815, *Esprit du Code de procédure civile*, Paris 1815, e soprattutto i trentun volumi de *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris 1826-1832.

relegato in una zona d'ombra, e con esso, in un contesto socio-economico che rapidamente volgeva verso la seconda industrializzazione, i profili organizzativi della produzione, le logiche proprie di un'economia concorrenziale e massificata, l'azienda, i segni distintivi, le invenzioni industriali, la concorrenza sleale, la pubblicità, l'impresa³⁷.

3. *Condizione soggettiva («commerçants») e criterio oggettivo («actes de commerce»): un sistema «misto» sbilanciato*

Se l'aspetto rivoluzionario del diritto napoleonico stava nell'abbandono di ogni criterio di identificazione basato sull'appartenenza ad una corporazione, la determinazione dell'ambito di applicazione del nuovo diritto commerciale avrebbe dovuto passare non più, soggettivamente, dalla condizione della persona, bensì, oggettivamente, dalla natura degli atti o dell'attività esercitati³⁸. Nella discussione in Consiglio di Stato, la scelta del criterio da adottare per determinare la competenza dei tribunali di commercio, così da definire in ultima analisi l'oggetto del *Code* e del *droit commercial*, sarebbe stata una delle più controverse: «sera-ce les personnes? Sera-ce les choses? Sera-ce les unes et les autres?», si chiedeva Jean Bérenger (1767-1850)³⁹. Il timore di un ritorno al diritto di ceto serpeggiava tra i banchi dell'assemblea,

³⁷ È quel «silenzio della legge», sul mondo della produzione, dell'impresa e del lavoro, che ha efficacemente descritto G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 139-144, ora anche, rivisto con il titolo *Società industriale e silenzio del codice. Lavoro e impresa*, in Id., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 3-26. Da qui il severo giudizio di J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, cit., p. 87, sul *Code de commerce* come «une œuvre lacunaire et maladroite»; sul suo avere «le mérite d'exister et d'instaurer une unité du droit», ma sul suo essere «très imparfait d'autant que ses multiples déficiences sont inhérentes à la rédaction du Code elle-même» (Id., *Le Code de commerce de 1807*, cit., p. 10).

³⁸ Cfr. É. RICHARD, *La qualité de commerçant dans le Code de 1807*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007*, cit., pp. 99-109.

³⁹ *Procès-verbaux du Conseil d'état*, 2^e séance, n. XVII, in J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 230-231. Sulle discussioni che scandirono il processo di formazione del *Code de commerce*, avviato su iniziativa dell'allora ministro dell'Interno Jean Antoine-Claude Chaptal con la costituzione, il 13 germinale anno IX (3 aprile 1801), di una commissione formata da sette membri (Gourneau, presidente, giudice del Tribunale d'appello di Parigi, Vignon, presidente del Tribunale di commercio di Parigi, Boursier, giudice di commercio, Legras, avvocato, Vital-Roux, negoziante, banchiere e giudice di commercio, Coulomb, magistrato, Mourgues, amministratore degli ospizi, ex

tanto da spingere Bigot-Préameneu (1747-1825), uno dei quattro navigati giuristi che avevano preso parte alla redazione del Codice civile, a rassicurare sul fatto che con il nuovo *Code de commerce* non si intendeva certo «faire résulter la compétence de la qualité des personnes», dal momento che «la qualité de marchand ne doit avoir ici d'effet que par rapport aux actes de commerce»⁴⁰.

I possibili sistemi per regolare la giurisdizione dei tribunali di commercio, riassumeva Loqué, erano tre: quello della «jurisdiction commerciale ... réelle», propugnato dalla commissione, fondato sulla «nature du fait, et sans avoir égard à la qualité des personnes, de manière que quiconque se seroit permis un acte de commerce seroit, par cela seul, devenu justiciable de ces tribunaux, soit qu'il fût négociant, soit qu'il ne le fut pas»; quello della «jurisdiction commerciale ... entièrement personnelle», proprio della *Ordonnance du commerce* del 1673, basato solo sulla «qualité des personnes», nel senso che i «négocians» sarebbero stati sottoposti alla giurisdizione commerciale «seulement comme négocians, c'est-à-dire à raison de leur commerce», per

ministro dell'Interno ed esperto di questioni marittime), e concluso con la promulgazione di Napoleone il 24 settembre del 1807 e con l'entrata in vigore in Francia il 1° gennaio del 1808 e nel Regno d'Italia il successivo 1° settembre, si rinvia in particolare a A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. II, Giuffrè, Milano 2005, pp. 611-617 (il paragrafo è stato redatto da A. Padoa Schioppa); B. COLSON, *Napoléon et l'élaboration du Code de Commerce (1805-1807)*, in *Liber Amicorum Michel Coipel*, sous la coordination de Y. Poulet, P. Wéry et P. Wynants, Kluwer, Bruxelles 2004, pp. 3-19; J. HILAIRE, *Propos historique sur le Code de commerce*, cit., pp. 69-84, anche per un quadro delle fonti legislative e dottrinali del *Code*; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Cambacérès et le Code de commerce*, in *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris 2007, pp. 3-17; H. MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale*, cit., pp. 124-131; A. PADOA SCHIOPPA, *Napoleone e il «Code de commerce»*, in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., pp. 89-92; U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi*, cit., pp. 1-45; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, cit., pp. 271-274.

⁴⁰ *Procès-verbaux du Conseil d'état*, 2e séance, n. XVIII, in J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 231-232. Sono parole che richiamano quelle del presidente della Commissione incaricata di redigere il progetto del *Code de commerce*, Philippe-Joseph Gourneau, quando nel *Discours préliminaire du Projet de Code de commerce de la Commission* avvertiva che «la compétence des tribunaux de commerce ne peut être déterminé par la qualité des parties, mais par le fait qui donne lieu à la contestation», ritornandosi in caso contrario alle «anciennes lois» che determinavano «la compétence des tribunaux de commerce par la qualité des personnes» (in J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Treuttel et Würtz, Paris 1827-32, tome XVII (1829), p. 55, n. 30). Sul ruolo di Cambacérès in queste discussioni, ostile alla concezione obiettiva dell'atto di commercio, oltre che contrario ad una codificazione del diritto commerciale, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Cambacérès et le Code de commerce*, cit., pp. 3-17.

il fatto stesso di essere «commerçants»⁴¹; infine quello della «juridiction commerciale tout à-la fois personnelle et réelle», in conclusione scelto, adottato e consacrato dal *Code de commerce*, che teneva conto al tempo stesso di un criterio soggettivo e di uno oggettivo, di una base personale e di una reale: «*personelle*, en ce sens que la qualité de commerçant élève une présomption par l'effet de laquelle celui qui en est revêtu est réputé s'être obligé ou avoir contracté à raison de son commerce, toutes les fois qu'il ne prouve pas qu'il s'est engagé comme particulier; tandis que le non commerçant, au contraire, est censé avoir traité comme particulier, toutes les fois que l'acte qu'il a fait n'est pas nécessairement un acte de commerce. *Réelle*, parce que quiconque se permet un acte qualifié commercial par la loi, devient par cela même, et à raison de cet acte, justiciable des tribunaux de commerce»⁴².

Alla fine, pertanto, il momento soggettivo sembrava conservare un peso, giuocare un ruolo, tanto che il Codice si apriva con la definizione “soggettiva” di «commerciante» (art. 1) e che tutti i contratti perfezionati dai commercianti sarebbero stati, per ciò solo, per il fatto cioè di essere posti in essere da commercianti, sottoposti alla giurisdizione dei *tribunaux de commerce* (artt. 631, 632, 634 e 638)⁴³. Il sistema oggettivo puro, con il quale il legislatore napoleonico si era ripromesso di esorcizzare lo spettro di una restau-

⁴¹ Il titolo XII dell'*Ordonnance du commerce* del marzo 1673, il cui art. 1 dichiarava «communs pour tous les sièges des juges et consuls» le disposizioni dell'Editto di Carlo IX del novembre 1563 (che aveva attribuito al giudice e ai consoli mercantili la giurisdizione su tutti i «procès et différens qui seront ci-après mûs entre marchands pour faits de marchandises»), stabiliva inoltre, con l'art. 4, che «les juges et consuls connoîtront des différends pour ventes faites par des marchands, artisans et gens de métier, afin de revendre ou de travailler de leur profession: comme à tailleurs d'habits, pour étoffes, passements et autres fournitures: boulangers et pâtisseries, pour bled et farine; maçons, pour pierre, moëllon et plâtre; charpentiers, menuisiers, charrons, tonneliers et tourneurs, pour bois; serruriers, maréchaux, taillandiers et armuriers, pour fer; plombiers et fontainiers, pour plomb et autres semblables» (in JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., tome XIX (1829), pp. 105-106). Cfr. R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, cit., pp. 141-149.

⁴² J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 234-236.

⁴³ Era del resto quanto prevedeva l'art. 631: «les tribunaux de commerce connoîtront: 1°. De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négocians, marchands et banquiers; 2°. Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce». Sui *tribunaux de commerce* cfr. da ultimo J. HILAIRE, *Perspectives historiques de la juridiction commerciale* e M. ARMAND-PREVOST, *Fonctionnement et enjeux des tribunaux de commerce au cours des XIX^e et XX^e siècles*, entrambi in *Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, La Documentation française, Paris 2007, rispettivamente pp. 9-16 e 129-144. Si veda anche R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, cit., pp. 280-287.

razione cetualistica, sembrava subire la contaminazione di una componente soggettivistica, fino a trasformarsi in un sistema «misto», caratterizzato dalla convivenza tra atti di commercio soggettivi, tali cioè per la professione del loro autore (commerciante), e atti di commercio oggettivi, tali cioè sempre, per le loro caratteristiche intrinseche⁴⁴.

In realtà l'art. 1, dotato di particolare impatto sistematico in ragione della sua collocazione, si limitava a fissare un principio di massima, a fornire un'indicazione generica e generale: «sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle». Quella di «commerçant», notava Locré, era di per sé una «dénomination générique», che nulla diceva sui criteri per identificare il protagonista del *Code*, né sulle caratteristiche di specifiche figure⁴⁵. «Commerçant» – gli avrebbe fatto eco Pardessus (1772-1853), primo professore di *Code de commerce* alla Facoltà di giurisprudenza di Parigi⁴⁶ – era una «désignation générique», che tradiva

⁴⁴ Si finiva così, secondo F. GALGANO, *La categoria storica del diritto commerciale*, cit., pp. 67-70, per infrangere «il mito della legge uguale per tutti», sottoponendo i cittadini a leggi diverse a seconda della loro condizione soggettiva e generando «un nuovo particolarismo giuridico, questa volta di fonte statutale». Sul carattere misto del diritto commerciale francese e sulle differenze, sotto il profilo pratico non meno che sotto quello teorico, tra la concezione soggettiva e quella oggettiva del diritto commerciale, R. HOUIN et M. PÉDAMONT, *Droit commercial. Actes de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence*, Dalloz, Paris 1985⁸, pp. 55-58.

⁴⁵ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome I, p. 2.

⁴⁶ Nato a Blois l'11 agosto del 1772 in una famiglia filo-monarchica di tradizione forense, figlio di Jean-Thomas e Catherine Bergevin, Jean-Marie Pardessus cominciò la sua carriera di avvocato durante il decennio rivoluzionario, attraversando un passaggio particolarmente difficile con la difesa del proprio padre, sospettato di cospirare contro la Rivoluzione. Nel 1802 fu nominato giudice supplente al Tribunale di Blois e l'anno successivo si iscrisse all'albo degli avvocati, ripristinato con la legge del 22 ventoso anno XII. Di tendenze moderate e conservatrici, fu eletto deputato nel Loir-et-Cher nel 1807, dal 1815 al 1816 e dal 1820 al 1823, e nel Bouches-du-Rhône dal 1824 al 1830. Dopo l'introduzione, nel 1809, dell'insegnamento di *Code de commerce* alla Facoltà di giurisprudenza di Parigi, nel 1810 ottenne la cattedra a seguito di un concorso al quale parteciparono Dupin e Persil. Nominato il 30 aprile del 1821 consigliere della Corte di Cassazione, fu membro dal 1828 dell'*Académie des Inscriptions et Belles Lettres*. Dopo aver rifiutato, nel 1830, di prestare il giuramento al nuovo governo di Luigi Filippo, fu destituito dalle cariche pubbliche, perdendo la cattedra all'università e le funzioni in Cassazione. Morì a Vineuil il 27 maggio del 1853. Nel 1806 pubblicò un *Traité des servitudes*, con otto edizioni fino al 1838, e nel 1809 un *Traité du contrat et des lettres de change* (2 voll.). Nel 1811, al suo secondo anno d'insegnamento, fu la volta degli *Eléments de jurisprudence commerciale* e nel 1814 dell'opera che più di ogni altra lo avrebbe reso celebre, il *Cours de droit commercial* (4 voll.), destinato a sei edizioni, l'ultima delle quali, postuma, portata a termine nel 1855 da Eugène de Rozière. Dopo il ritiro dalla vita pubblica intensificò le sue ricerche di carattere storico, raccogliendo le fonti per la storia del diritto marittimo (*Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, 6 voll., Paris 1828-1845; *Us et*

solo, quale formula di sintesi, l'impronta individualistica e dominicale del *droit commercial*, l'idea di un diritto chiamato a disciplinare il momento dello scambio, dell'intermediazione, della circolazione, il momento commerciale in senso stretto⁴⁷.

La nozione di «commerçant», pertanto, avrebbe potuto e dovuto riempirsi di contenuti, completarsi mediante criteri che lo stesso *Code* avrebbe fornito all'interprete, sia per coglierne appieno le peculiarità, sia per identificare concrete specificazioni del genere. Ricostruita alla luce delle disposizioni connesse, essa comprendeva tre specie tipiche di individui, «les négociants, les marchands et les banquiers» (artt. 632 e 633), ovvero, secondo Locré, «les fabricans, les négociants et marchands, les banquiers»⁴⁸, ma più in generale tutti coloro che «font quelqu'un des actes ou forment quelques unes des entreprises que les articles 632 et 633 qualifient actes ou entreprises de commerce», di modo che accanto ai negozianti propriamente detti stavano «inter-

coutumes de la mer ou Collection des usages maritimes des peuples de l'Antiquité au Moyen Age, 2 voll., Paris 1847) e pubblicando nel 1847 la *Table chronologique des ordonnances des rois de France de la troisième race jusqu'au règne de Louis XII inclusivement* e nel 1849 il XXI volume della *Recueil des Ordonnances des rois de France*, con il suo ultimo lavoro, a mo' di prefazione, intitolato *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*. Sulla figura, il metodo, la cultura e l'opera di Pardessus, specialmente in riferimento all'apporto dato alla costruzione di un sistema di *droit commercial* capace di superare quello del *Code de commerce*, L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, in C. ANGELICI, M. CARAVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori*, cit., pp. 47-80, e ID., *Pardessus e il Code de commerce*, in *Le matrici del diritto commerciale*, cit., pp. 39-51. Si vedano inoltre, di J. HILAIRE, il bel ritratto *Pratique et doctrine au début du XIX^e siècle. L'oeuvre de Jean-Marie Pardessus (1772-1853)*, in *Figures de justice. Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, mise en scène par A. Deperchin, N. Derasse, B. Dubois, Centre d'Histoire Judiciaire, Lille 2004, pp. 287-294, e *Pardessus Jean-Marie*, in *Dictionnaire historique des juristes français. XIX^e-XX^e siècle*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, PUF, Paris 2007, pp. 609-610.

⁴⁷ J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Garnery, Paris 1814, tome I, partie I, titre III, n. 80, p. 71. Per «commerce», infatti, avrebbe dovuto intendersi l'attività consistente nei vari «actes de commerce», l'«échange» – come già nel 1814 scriveva Pardessus (*ivi*, p. 1) – «que les hommes font entr'eux des diverses productions mobilières de la nature ou de l'industrie».

⁴⁸ «Dans la classe des fabricans, il faut comprendre non-seulement ceux qui font fabriquer par des ouvriers, mais encore les artisans qui fabriquent eux-même et pour leur propre compte. Les négociants et marchands diffèrent des fabricans en ce qu'ils vendent ce qui a été confectionné par d'autres. Le nom de *négociant* désigne plus particulièrement ceux qui font le commerce en gros, et le nom de *marchand* ceux qui font le commerce de détail; mais, dans l'usage, on confond souvent ces deux expressions. ... Les *banquiers* sont ceux qui font un commerce par lettres de change, et négociation d'argent de place en place, pour raison de quoi ils perçoivent un certain profit» (J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome I, pp. 2-3).

médiaires du commerce», «agens de change», «courtiers», «commissio-
naires de toute nature pour les achats et ventes, les paiemens et les recettes,
pour les entrepôts, pour les voitures», «les voituriers eux-mêmes», «les fac-
teurs des marchands et leurs serviteurs pour fait de leur trafic»⁴⁹.

«Commerçant», dunque, era molto semplicemente colui (chiunque) che facesse dell'esercizio di «actes de commerce» la sua «profession habituelle», talché, appunto, diventava ineludibile la propedeutica identificazione degli atti di commercio, con il conseguente ritorno al momento oggettivo del sistema. Affinché la definizione di «commerçant» non si risolvesse in una tautologia, in altri termini, occorre spostarsi dal piano soggettivo a quello oggettivo, «définir avec précision» quali negozi si dovessero qualificare «*actes de commerce*», questi assumendo evidentemente una posizione di centralità nella struttura normativa del Codice⁵⁰.

La pregiudizialità logico-sistematica degli «actes de commerce», peraltro, usciva rafforzata proprio quando la legge sembrava determinare la giurisdizione dei tribunali di commercio sulla base di un parametro esclusivamente soggettivo. Se è vero, infatti, che in ragione della qualità delle persone era devoluta ai «tribunaux de commerce» la cognizione di «toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négocians, marchands et banquiers» (art. 631), di tutte le «obligations» sorte fra «négocians, marchands et banquiers» (art. 632), dei «billetes» sottoscritti da un commerciante (art. 638) e di quelli «faits par les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables des deniers publics» (artt. 634 e 638), è altrettanto vero che la commercialità di tali atti non risultava fissata in maniera tassativa, ma solo presunta nel presupposto che tali individui, soliti essendo compiere «actes de commerce», compissero sempre «actes de commerce». Quando invece gli stessi soggetti avessero compiuto atti, anche un acquisto o una vendita, non già nell'esercizio della loro professione commerciale, ma per i loro affari civili, il diritto e la giurisdizione sarebbero stati quelli comuni.

Gli artt. 631 e 632, pertanto, andavano letti e interpretati nel senso che gli atti e le obbligazioni dei commercianti si presumevano commerciali, ma la presunzione sarebbe venuta meno se l'atto compiuto non avesse in concreto

⁴⁹ Così ancora J.G. LOCÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 247, richiamando la Corte di Parigi.

⁵⁰ J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, cit., tome I, partie I, titre I, n. 4, p. 4.

avuto natura commerciale⁵¹. Si rendeva quindi necessario, anche per quella parte del diritto che si presumeva «commercial» in ragione della qualità delle persone, tornare alla nozione di «acte de commerce», perché occorreva di volta in volta stabilire se il commerciante avesse compiuto un atto di commercio nell'esercizio della sua professione o un mero atto civile dettato da esigenze personali. Era quanto sanciva, stavolta espressamente, anche l'art. 638, disponendo che non sarebbero state di competenza dei «tribunaux de commerce» quelle azioni che, sebbene intentate contro un commerciante per il pagamento di merci, avessero riguardato comprese da quest'ultimo compiute per uso privato e per i suoi bisogni personali⁵².

Anche quando il *Code*, per definire il suo campo di applicazione e per delimitare la giurisdizione dei tribunali di commercio, ricorreva ad un riferimento soggettivo («commerçants», «fabricans», «négocians», «marchands», «banquiers»), la chiave di volta, pertanto, rimaneva la nozione oggettiva di «acte de commerce», attorno alla quale gravitava, in un movimento oscillante, l'intero impianto del *droit commercial*. Direttamente o indirettamente, per esigenze sistematiche o per necessità pratiche, si tornava sempre, in «cer-

⁵¹ «La disposition de l'article 632» – notava in tal senso J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 304-305 – «qui soumet à la jurisprudence commerciale toutes négocians, marchands et banquiers doit être entendue de la même manière que la première disposition de l'article 631, c'est-à-dire qu'elle ne concerne que les obligations pour fait de commerce; il n'étoit point dans l'intention du législateur de soumettre, en aucun cas, les commerçans à la juridiction commerciale pour leurs affaires purement civiles».

⁵² Art. 638: «ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier». Vale la pena di ricordare, a conferma del fatto che la giurisdizione commerciale presupponeva comunque l'obiettiva commercialità dell'atto, anche l'art. 634: «les tribunaux de commerce connoîtront également: 1°. Des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés; 2°. Des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables des deniers publics»; l'art. 635: «ils connoîtront enfin: 1°. Du dépôt du bilan, et des registres du commerçant en faillite, de l'affirmation et de la vérification des créances; 2°. Des oppositions au concordat, lorsque les moyens de l'opposant seront fondés sur des actes ou opérations dont la connoissance est attribuée par la loi aux juges des tribunaux de commerce; dans tous les autres cas, ces oppositions seront jugées par les tribunaux civils; en conséquence, toute opposition au concordat contiendra les moyens de l'opposant, à peine de nullité; 3°. De l'homologation du traité entre le failli et ses créanciers; 4°. De la cession de biens faite par le failli, pour la partie qui en est attribuée aux tribunaux de commerce par l'article 901 du Code de procédure civile»; e l'art. 636: «lorsque les lettres de change ne seront réputées que simples promesses aux termes de l'article 112, ou lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négocians, et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur».

cle vicieux»⁵³, alla nozione di «acte de commerce», indispensabile per almeno due ordini di ragioni: 1°) perché «commerçant» era colui che esercitava professionalmente «actes de commerce» (art. 1), talché per stabilire chi fosse commerciante occorreva stabilire a monte quali fossero gli «actes de commerce» e verificare poi in concreto la natura «de commerce» degli atti che egli abitualmente compiva; 2°) perché il legislatore, implicitamente o esplicitamente (art. 638), escludeva la giurisdizione dei «tribunaux de commerce» e la vigenza del «droit commercial» per tutti quegli atti che, sebbene posti in essere da un «commerçant», non fossero in concreto qualificabili come «actes de commerce».

4. L'«entreprise» in un'enumerazione di «actes de commerce»

In un sistema «misto», secondo la definizione che la dottrina di tutta Europa avrebbe riservato al modello napoleonico, gli atti di commercio avrebbero dunque potuto essere, come schematicamente teorizzato già da Pardessus, di due specie⁵⁴: da un lato quelli «assoluti» o «oggettivi», vale a dire «ceux qui sont *déclarés* tels, en eux-même, indépendamment de la qualité des personnes qui les exercent»; dall'altro quelli «relativi» o «subiettivi», vale a dire «ceux qui ne sont *réputés* tels que par une présomption déduite de la qualité des contractants»⁵⁵. L'ulteriore diversificazione (e complicazione) derivante dalla sorte, giurisdizionale e sostanziale, di quegli atti che fossero stati «de commerce» solo per una parte e non per l'altra (atti unilaterali), da lì a qualche decennio specificamente regolato dalla codificazione germanica (1861)⁵⁶ e da quella italiana (1882)⁵⁷, non veniva esplicitamente

⁵³ G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. I, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1963⁵, p. 3.

⁵⁴ Ha così inizio il percorso riflessivo di Pardessus, quell'attività interpretativa il cui filo conduttore fu, non a caso, come rilevato da J. HILAIRE, *Pratique et doctrine au début du XIX^e siècle*, cit., p. 287, «la liaison étroite entre pratique et doctrine».

⁵⁵ J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, cit., tome I, partie I, titre I, n. 4, p. 4.

⁵⁶ Art. 277 dell'ADHGB: «bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergibt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist».

⁵⁷ Art. 54 del Codice di commercio italiano del 1882: «se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge».

affrontato nel *Code*, ma risolto in via applicativa da una prassi oscillante, ora, come richiesto dagli interessi economici dominanti e come sostenuto da Locré, estendendo a tutti la disciplina gius-commercialistica, ora, come la natura eccezionale del diritto commerciale suggeriva e come Pardessus preferiva, riconoscendo facoltà di scelta a chi commerciante non era (con posizioni ulteriormente diverse a seconda che questi fosse stato attore o convenuto)⁵⁸.

A prescindere dalle formule e dalle definizioni, funzionali alle esigenze di sistemazione teorica, era però un fatto, come si è visto, che la commercialità di una persona, di un negozio, di un contratto o di un'obbligazione, presupponeva l'esistenza, a seconda dei casi, di uno o più atti di commercio obiettivi, dei quali il *Code* non offriva una definizione generale, ma un'analitica enumerazione⁵⁹. L'unica chiave per individuare gli «actes de commerce» obiettivi – attraverso i quali poter accertare poi in concreto l'esistenza di

⁵⁸ «Le mandat donné par un non-commerçant à un agent de change d'acheter à la Bourse des actions dans une société commercial» – la giurisprudenza avrebbe ripetuto ancora nel 1869 – «est civil de la part de ce non-commerçant, et commercial de la part de l'agent de change», con la conseguenza che «le mandant peut en poursuivre l'exécution, à son choix, devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil, et il ne peut être actionné par l'agent devant le tribunal de commerce» (così la Corte di Douai con sentenza del 5 maggio 1869, in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, Jurisprudence Générale, Paris an. 1869, partie II, pp. 155-156). Si vedano, per una ricostruzione dei diversi indirizzi via via maturati in dottrina e in giurisprudenza in materia di atto «à la fois commercial de la part de l'une des parties, et purement civil de la part de l'autre», le voci *Acte de commerce* e *Compétence commerciale*, in D. DALLOZ et A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Jurisprudence Générale, Paris 1845-1870, rispettivamente tome II, pp. 387-388, nn. 19-21, e tome XI, pp. 171-172, nn. 21-24. La questione passava anche dall'interpretazione di una serie di norme che offrivano spunti ed appigli di segno diverso, come l'art. 637, che radicava la giurisdizione dei «tribunaux de commerce» anche per le «lettres de change» e i «billets à l'ordre» che avessero recato «en même temps des signatures d'individus négocians et d'individus non négocians», o come l'art. 638, nella parte in cui stabiliva che «ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru».

⁵⁹ La pregiudizialità logico-sistematica (ma anche filosofica) degli «actes de commerce» affiora in qualche misura già nel discorso pronunciato nella seduta del 4 settembre 1807 da Jean-Philibert Maret (1758-1827), consigliere di Stato incaricato di esporre i motivi del nuovo *Code de commerce* al Corpo legislativo, per il quale «il suit de ces considérations que la compétence des tribunaux de commerce a dû être déterminée, soit par la nature de l'acte sur lequel il y aura contestation, soit par la qualité de la personne. Ainsi, les tribunaux de commerce connoîtront ... de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négocians, marchands et banquiers. ... Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce; ... et la loi définit ce qu'elle répute actes de commerce» (*Exposé des motifs, Procès-verbaux du Conseil d'état*, 64^e séance, n. XII, in J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 239).

commercianti e quella di atti di commercio subiettivi – il *Code de commerce*, infatti, la forniva nel titolo secondo («De la compétence des tribunaux de commerce») del quarto libro (dedicato a «la Jurisdiction commerciale») e precisamente negli artt. 632-638, chiamati in realtà, su un piano prettamente processuale, a delimitare la giurisdizione dei «tribunaux de commerce»⁶⁰.

Gli articoli 632 e 633, in particolare, contenevano una lista di atti che per loro natura, per i loro caratteri intrinseci ed obiettivi, avrebbero dovuto sempre e comunque considerarsi «commerciali»⁶¹. Pardessus, che successivamente li avrebbe distribuiti e classificati in sette «serie», li affrontava all'inizio del suo *Cours*, disattendendo così, in barba ad uno dei comandamenti più ferrei dell'*École de la Exégèse*, l'ordine seguito nel *Code de commerce*⁶²: dal libro IV, nel quale erano stati collocati quale criterio di determinazione della giurisdizione, Pardessus spostava gli atti di commercio al principio della trattazione, così non solo sancendo un'evidente razionalizzazione della materia, ma estendendo, ancora prima (e in principio forse non del tutto con-

⁶⁰ Sul fatto che nelle intenzioni di coloro che a diverso titolo concorsero alla redazione del *Code* l'enumerazione degli «actes de commerce» rilevasse su un piano meramente processuale cfr. U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi*, cit., pp. 17-21. La scelta di rinviare l'enumerazione degli «actes de commerce» dall'art. 2, dove inizialmente era stata prevista, all'ultimo libro del Codice, e specificamente nella parte riservata alla determinazione della competenza dei tribunali di commercio, fu peraltro estremamente controversa, come emerge dal dibattito che ebbe luogo in Consiglio di Stato nella seduta del 4 novembre 1806, animato da Bigot-Préameneu, Berlier, Ségur, Bérenger, Lacuée, Bégouen, Regnaud e Treilhard (in J.G. LOCRÉ, *La législation civile*, cit., tome XVII (1829), pp. 119-124, n. 6).

⁶¹ Art. 632: «la loi répute actes de commerce: tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre, ou même pour en louer simplement l'usage; toute entreprise de manufactures, de commission, de transports par terre ou par eau; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics; toute opération de change, banque et courtage; toutes les opérations de banques publiques; toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place». Art. 633: «la loi répute pareillement actes de commerce: toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtimens pour la navigation intérieure et extérieure; toutes expéditions maritimes; tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillemens; tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtimens de commerce».

⁶² Prima di lui, C.-É. DELVINCOURT (1762-1831), uno dei principi dell'Esegesi, aveva elencato gli «actes de commerce dont la profession habituelle constitue le commerçant» all'inizio dei suoi *Institutes de droit commercial français*, Rondonneau et Declé, Durand, Eberhart, Paris 1810, pp. 1-2, ma ne aveva poi rinviato la trattazione, in ossequio all'ordine del *Code*, all'ultima parte dell'opera, quella dedicata al IV libro, e più specificamente a quella riguardante la «Compétence des Tribunaux de commerce, à raison de la matière» (pp. 310-313).

sapevolmente), la specialità del diritto commerciale dal piano processuale a quello sostanziale⁶³.

L'elemento caratterizzante, nell'enumerazione codicistica, era costituito dal momento speculativo dello scambio, in ossequio ad una visione che esauriva l'economia nell'attività dispositiva di beni mobili (commercio in senso stretto)⁶⁴: l'atto di commercio per eccellenza, di conseguenza, era costituito dalla compra di derrate o di merci allo scopo di rivenderle, sia in natura, sia dopo averle lavorate, o anche solo per concederle in locazione, intorno al quale gravitavano, in posizione strumentale o collegata, tutti gli altri atti.

L'«entreprise», che in base agli articoli 632 e 633 avrebbe potuto essere «de manufactures», «de commission», «de transports par terre ou par eau», «de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics», «de construction ... de bâtimens pour la navigation intérieure et extérieure», figurava nell'enumerazione legislativa come uno dei possibili atti di commercio, ovvero, giusta l'interpretazione che in Francia avrebbe prevalso, come serie di atti di scambio della stessa specie⁶⁵. In tali ambiti, secondo la valutazione del legislatore, l'atto isolata-

⁶³ Lo rileva puntualmente L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce*, cit., pp. 47 e 54-57, e Pardessus e il Code de commerce, cit., pp. 39-45, la quale ravvisa proprio nello spostamento dell'ordine interno delle materie del *Code de commerce* uno degli aspetti salienti dell'impianto scientifico di Pardessus. E ciò sebbene, come evidenziato da J. HILAIRE, *Pardessus Jean-Marie*, cit., p. 609, il giurista di Blois fosse significativamente condizionato dalla tecnica esegetica e rimanesse per lo più all'interno del perimetro codicistico, brillando più «par une activité inlassable et dans des domaines très divers que par une grande originalité de pensée». Le sette serie di atti di commercio, come articolate nella traduzione italiana della sesta edizione del *Cours*, erano: «1. le compre e le vendite; 2. le operazioni di cambio; 3. le operazioni di banco; 4. le locazioni di cose; 5. le locazioni di opere; 6. parecchi affari diversi da quelli fin'ora accennati; 7. il commercio marittimo» (J.M. PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, Parigi 1856⁶, recato dal francese in italiano per l'Avvocato Francesco Galiani, Stabilimento Tipografico, Napoli 1857, parte I, titolo I, cap. I, n. 5, p. 2).

⁶⁴ «A parte ogni possibile rilievo sulla coerenza sistematica di queste norme napoleoniche» – ha osservato U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, Torino 1989, p. 13 – «una constatazione appare subito ovvia (e assai rilevante per noi): in tutto l'elenco degli atti a cui il *Code* assegna la qualifica di “commerciali” il momento della ‘produzione’ appare assolutamente secondario (verrebbe quasi la voglia di dire: dimenticato) rispetto a quello – propriamente e rigorosamente ‘commerciale’ – dello ‘scambio’: la ‘lavorazione’ delle derrate e delle merci appare in secondo piano rispetto alla operazione palesemente ‘principale’ del ‘comprare per rivendere’; e la ‘manifattura’ (citata solamente al secondo posto dell'elenco, insieme alla commissione e al trasporto) appare – fra tutte le operazioni tipiche elencate – la sola interamente attinente allo specifico ‘produrre’».

⁶⁵ L'impresa identificava – come rilevato con la consueta sensibilità da F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. II, Cedam, Padova 1978, pp. 2-3 – «la specie di un più ampio genere, che è l'“atto di commercio”»,

mente compiuto non sarebbe stato commerciale, ma lo sarebbe diventato se, dando appunto luogo ad un'«entreprise», fosse stato ripetuto in serie.

In senso giuridico, dunque, come tradiva anche la sede codicistica (nel mezzo di un elenco di svariati «actes de commerce»), per «entreprise» avrebbe dovuto intendersi non già, come in senso economico, l'organizzazione reticolare destinata a tenere insieme i negozi, i contratti, i rapporti giuridici, le persone a più livelli preposte all'esercizio dell'attività commerciale, i beni materiali e immateriali funzionalmente asserviti al compimento dei fini d'impresa, i luoghi e gli stabilimenti di lavoro, i segni distintivi dell'imprenditore, della sua sede e dei suoi prodotti, bensì, al pari degli «achats», delle «opérations», delle «obligations», delle «lettres de change», uno degli «actes de commerce», ovvero, più precisamente, una ripetizione seriale di «actes de commerce» della stessa specie, collegati e tenuti insieme dal fine loro impresso dal commerciante⁶⁶.

Nel definire gli «actes de commerce», infatti, Locré spiegava che essi avrebbero dovuto considerarsi da un lato «en eux-même et isolément», dall'altro «comme constituant des entreprises»⁶⁷. «Actes de commerce» isolati, giusta l'enumerazione proposta dagli artt. 632 e 633, erano «les achats faits dans la vue du négoce», «les opérations de change, banque et courtage», «les affaires relatives à la navigation intérieure et extérieure»; «entreprises», invece, erano specifiche pluralità di «actes de commerce», tipizzate dal legislatore e funzionali ad un'intermediazione (di merci, di persone, di capitale, di lavoro)⁶⁸.

riflettendo per un verso «uno stadio dell'economia ancora definibile come “capitalismo commerciale”, nel quale è il commercio, e non l'industria, il fattore propulsivo dello sviluppo economico», per altro verso «una concezione mercantile della stessa attività industriale». Cfr. anche G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, Cedam, Padova 1986², vol. I, pp. 95 e 76, persuaso anch'egli che nelle codificazioni del secolo XIX «l'impresa era una semplice sottospecie dell'atto di commercio» e che «la nozione di commerciante ... sottolinea, come ha osservato Galgano, il momento speculativo, affaristico dell'attività economica, laddove nella nozione di imprenditore esce esaltata la funzione creativa, produttiva e innovativa (Schumpeter) che è propria dell'accezione moderna del termine».

⁶⁶ Inequivocabile in questo senso la precisazione di J.G. LOCÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 248, in tema di determinazione della qualità di commerciante, laddove afferma che «ce n'est pas qu'il ne suffise d'un seul de ces actes, d'une seule de ces entreprises pour rendre justiciable des tribunaux de commerce», perché l'abitudine presuppone il compimento sistematico e ripetuto di più atti o di più «imprese».

⁶⁷ J.G. LOCÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 261.

⁶⁸ *Ibidem*.

Un'«entreprise», semplice pluralità di atti, sarebbe stata dunque commerciale in ragione «de la fin pour laquelle elle a été formée»: avrebbe potuto essere «d'agriculture», «scientifique» o «financière», ma sarebbe stata «commerciale» solo quella che avesse avuto «le commerce pour objet, et cette dénomination lui conviendra toutes les fois que les actes et les opérations nécessaires pour atteindre son but, seront des faits de commerce»⁶⁹. Si tornava ancora, per definire l'«entreprise», alla nozione di «commerce», e da questa, fatalmente, a quella di «actes de commerce»: era «entreprise commerciale» la pluralità di quegli «actes de commerce» per i quali il legislatore non reputava sufficiente una singola, isolata manifestazione⁷⁰.

5. *La nozione giuridica di «entreprise»: articolazione di unità elementari e irrilevanza della dimensione organizzativa. Presupposti, manifestazioni, conseguenze*

In questa cornice, che esaltava il momento economico dello scambio, la nozione giuridica di «entreprise», anche quando espressamente contemplata dal legislatore, risultava dunque sopravanzata e sostanzialmente annullata dai singoli «actes de commerce», che rimanevano gli unici, fossero isolati, plurimi o collegati, ad assumere rilievo per il «droit commercial»⁷¹. Anziché l'organizzazione, la comunità, la complessità, il diritto coglieva l'elementarità delle singole unità, soggettive o oggettive, disciplinava «séparément les personnes et les biens», «sans établir de lien organique entre moyens humains et moyens matériels de l'entreprise»⁷².

Quando si cimentava nella definizione delle «entreprises», Pardessus, lasciati sullo sfondo i profili organizzativi e collettivi, si sforzava di descrivere quanto più specificamente possibile i fini e i caratteri dei singoli atti, al fine di cogliere quegli aspetti di intermediazione e di scambio che ne avreb-

⁶⁹ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 284-285.

⁷⁰ E segnatamente le «entreprises de manufactures; ... de commission; ... de transport par terre et par eau; ... de fournitures; ... d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan; des spectacles publics; ... de constructions navales» (ivi, tome VIII, p. 285).

⁷¹ Su questa atomistica concretezza degli «actes de commerce», elencati nella loro individualità anziché modellati su un'astratta categoria concettuale, ha opportunamente molto insistito U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi*, cit., pp. 12-23.

⁷² J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, in «Archives de philosophie du droit», 41, 1997, p. 349.

bero giustificato la qualifica di «actes de commerce». Nella prima edizione del suo *Cours*, quella del 1814, il giurista di Blois ipotizzava l'esistenza di due fattispecie di «entreprise de manufacture»: la prima, più propriamente una vendita riconducibile al primo numero dell'art. 632, quando taluno, dopo averle trasformate, avesse rivenduto le materie prime in precedenza acquistate; la seconda, qualificabile come manifattura in senso stretto, quando taluno avesse restituito, dopo averle trasformate, le materie prime di proprietà altrui⁷³. Nell'uno come nell'altro caso la «commercialità» dell'«entreprise» stava nell'atto di interposizione che l'«entrepreneur» realizzava tra materie prime, lavoro e prodotti finiti, con lo scopo precipuo di speculare su un'attività di scambio («revendre le produit de ces fabrications» e «relouer en quelque sorte le travail et l'industrie des ouvriers qui se sont loués à lui»).

Ferma restando la nozione economica di «industrie», quale luogo di incontro di capitale e lavoro, la nozione giuridica di «entreprise» prescindeva dall'organizzazione, risolvendosi in un «acte de commerce» (purché non isolato, unico o occasionale) riconducibile ad una delle fattispecie di intermediazione e di scambio individuate dagli articoli 632 e 633⁷⁴. «Entreprise de fourniture», in quest'ottica, si aveva quando una persona si fosse obbligata «à fournir une ou plusieurs sortes de denrées ou marchandises», perché si presumeva che le cose non fossero sue e che egli le avrebbe dunque prima comprate e poi rivendute: la vendita, in questo caso, richiedeva o presupponeva «un trafic préparatoire»⁷⁵; «entreprise de transports» era quell'«engagement de transporter d'un lieu dans un autre des personnes ou des objets quel-

⁷³ C'era il caso di «celui» – schematizzava J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, cit., tome I, partie I, titre I, cap. I, n. 38, p. 35 – «qui réunit un certain nombre d'ouvriers pour changer en nouvelles substances ou en nouvelles formes, les matières premières qui lui appartiennent» (per averle evidentemente comprate) e quello di «celui qui s'engage à faire exécuter par des ouvriers qu'il dirige et qu'il salarie, la conversion en nouvelles formes ou en nouvelles substances des matières premières, que lui confient des commerçans dont la profession est de vendre ces choses ainsi fabriquées».

⁷⁴ Parte della dottrina giuscommercialistica, anche quella più attenta alla ricostruzione dei profili storici, sembra in verità non cogliere fino in fondo la specificità e la valenza della nozione giuridica d'«entreprise» nel diritto napoleonico: cfr. fra tutti P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. VII, Utet, Torino 1992, pp. 32-76, il quale vede senz'altro nell'«entreprise» del *Code* «l'organizzazione dei mezzi di produzione», considerando «l'organizzazione stabile dei mezzi reali e personali» come il criterio scelto dal legislatore napoleonico per determinare la «commercialità» dell'attività di produzione (pp. 33-34); ovvero, più esplicitamente, l'«entreprise» come «organizzazione intermedia tra fattori della produzione e beni o servizi prodotti, una modalità del comportamento produttivo che richiama l'applicazione del diritto commerciale processuale e sostanziale» (ID., *Il Code de commerce 1807*, cit., p. 36).

⁷⁵ J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, cit., tome I, partie I, titre I, cap. I, n. 20, pp. 17-18.

conques» che realizzasse «une spéculation et un trafic»⁷⁶; «entreprise de commission» era l'«acte par lequel une personne se charge de faire une ou plusieurs affaires pour un autre», un contratto paragonabile al mandato del diritto civile, ma differente per la sua remuneratività («commission») e per il fatto che il commissionario agiva «*en son propre nom*»⁷⁷.

Era la stessa logica che sottintendeva la classificazione di Locré, secondo il quale assumevano natura commerciale le «entreprises de manufactures», perché e in quanto avevano «pour objet de fabriquer à l'effet de vendre», cioè di porre in essere una serie di «actes de commerce» consistenti nella vendita di prodotti ricavati dalla lavorazione di materie prime; le «entreprises de transport par terre e par eau», perché e in quanto si risolvevano nella ripetizione di «un contrat commercial» consistente nell'acquisto di vetture, cavalli o battelli allo scopo di concederli in locazione o a noleggio; le «entreprises d'agences, bureaux d'affaires et établissements de ventes à l'encan», perché e in quanto davano origine a plurimi «affaires de commerce»; le «entreprises de spectacles publics», perché e in quanto degli «individus», diventando «entrepreneurs», mettevano «à profit pour leur compte les travaux d'autrui», ponendo in essere contratti di fornitura, vendendo al pubblico gli spettacoli e facendone «objets de spéculation»⁷⁸.

L'«entreprise», nel suo significato economico di organizzazione dei fattori della produzione, si scioglieva in un lago di individui e di contratti, annegava nel frastagliato bacino degli «actes de commerce». Esistevano le sue membra, sparse e indipendenti, che si incontravano occasionalmente nel cono d'ombra che l'individuo speculante proiettava nella sfera giuridica. L'organizzazione produttiva, l'impresa in senso economico, rimaneva invece fuori dal diritto commerciale, non solo perché ignorata sul piano della disciplina legislativa, ma anche perché ininfluyente ai fini dell'applicazione del *Code de commerce*, ai fini della qualificazione commerciale degli atti, ai fini della determinazione della condizione di commerciante.

Poiché, infatti, la “commercialità” dell'«entreprise» derivava non dalla «riunione» di «persone», «macchine» e «materie» presso una «fabbrica» o un «opificio», ma dal compimento di singoli e determinati atti di scambio, all'esistenza di un'organizzazione produttiva non avrebbe corrisposto, pur

⁷⁶ *Ivi*, n. 41, p. 38.

⁷⁷ *Ivi*, n. 42, pp. 39-40.

⁷⁸ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 285-291.

rappresentandone spesso la premessa economica, la configurazione di un'impresa in senso giuridico, di modo che dalla disciplina del diritto commerciale rimanevano esclusi gli atti di industrie fondamentali e di conseguenza interi settori dell'economia capitalistica⁷⁹. Non erano infatti considerati «commerciali» gli atti delle industrie che avessero fatto commercio di beni immobili, reputati dal *Code* beni di natura non commerciale, conformemente all'idea secondo la quale per commercio dovesse intendersi lo scambio di cose mobili⁸⁰. Né lo erano le «entreprises de constructions terrestres», non contemplate nell'enumerazione codicistica (a differenza di quelle marittime, aventi ad oggetto navi, vale a dire beni mobili), perché prive del “momento commerciale”, consistenti non in uno scambio di beni, bensì, come chiariva la Corte d'appello d'Orléans, in «simples locations ou louages d'ouvrages; elles n'ont aucune analogie avec les faits de commerce, et ne sauroient être réglées par les lois qui lui sont propres»⁸¹. Né, più in generale, erano da reputarsi «commerciali» gli atti di quelle «entreprises» nelle quali il commerciante avesse fornito al contempo materie prime e lavoro,

⁷⁹ «La cennata intrapresa non consiste semplicemente nell'uso del lavoro degli operanti che si riuniscono per applicarvisi; poiché questo lavoro serve ad apparecchiare le materie prime che l'intraprenditore compra ed indi trasmuta in cose destinate ad esser vendute»: M. PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, cit., parte I, titolo I, capitolo I, sezione V, n. 35, p. 14.

⁸⁰ La giurisprudenza, nonostante qualche perplessità, sarebbe nella prima metà dell'Ottocento rimasta “fedele” al testo legislativo, per forza di cose ritenendo, come avrebbe fatto la Corte di Cassazione con sentenza del 4 giugno 1850, che «le fait d'acheter des immeubles pour les revendre ne constitue pas un acte de commerce», dal momento che «l'un des éléments constitutifs des actes de commerce, tels que les définit la loi, est précisément la nature même de la chose qui fait l'objet de l'agissement», che sebbene l'enumerazione delle cose contemplate negli artt. 632 e 633 dovesse considerarsi non tassativa, tuttavia «les dispositions de ces articles ne peuvent être étendues, par analogie, qu'à des choses de même nature que celles qui s'y trouvent énoncées» e che «le caractère essentiellement mobilier de ces choses exclut nécessairement de l'extension permise les biens fonds et les immeubles» (cfr. J.-B. SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, 2^e série, an. 1850, Bachelier, Paris 1850, partie I, cc. 593-597). Si veda anche, tra le altre, la sentenza del 10 maggio 1843 della Corte di Bourges (già su questa posizione in una sentenza del 4 dicembre 1829), che rinviava al giudice civile le parti che avevano erroneamente proposto la questione al *Tribunal de commerce* di Château-Chinon (*ivi*, an. 1844, partie II, cc. 37-38).

⁸¹ J.G. LOCRIÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 293. Si vedano anche la sentenza del 26 febbraio 1829, con cui la Corte di Lione escludeva che fosse commerciante colui che avesse comprato «de terrains sur lesquels il élevait des constructions, qu'il revendait ensuite» (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., tome XXIX.II, Pouleur, Paris 1829, p. 119), e quella del 9 agosto 1850, con la quale la Corte di Nancy avrebbe ribadito che «une entreprise de terrassement constitue un simple louage d'ouvrage et non un acte de commerce de la compétence des tribunaux consulaires» (in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique*, cit., an. 1850, partie II, p. 202).

con una prevalenza delle prime sul secondo: sarebbero stati «actes de commerce» gli eventuali acquisti delle materie prime, perché e in quanto propedeutici ad una successiva rivendita, ma certo non i contratti e gli accordi raggiunti dal committente e dall'«entrepreneur»⁸². E nemmeno, infine, gli atti di vendita di quelle industrie che avessero ricavato i prodotti da materie prime estratte da fondi di loro proprietà, mancando, in questo caso, un acquisto a monte, necessario per realizzare il momento dell'intermediazione e dunque per configurare un «acte de commerce», come nel caso di quel manifatturiere che avesse trovato «nel suo potere tutte le materie greggie ch'egli appa-recchia e riduce in prodotti lavorati»⁸³.

La scelta del legislatore napoleonico di optare per un modello atomistico, imperniato sulla sfera oggettiva dei singoli atti, in luogo di un criterio generale che riconoscesse valore alla forma del soggetto (organizzazione d'impresa), escludeva, inoltre, che si potesse automaticamente estendere la commercialità di un'«entreprise» ai rapporti, alle obbligazioni e agli atti ad essa riconducibili. L'irrelevanza dell'organizzazione produttiva nel sistema del *Code de commerce*, infatti, impediva di attrarre nell'orbita del «droit commercial» tutti quegli atti che, pur essendo direttamente o indirettamente collegati ad un'«entreprise», non fossero autonomamente qualificabili come «actes de commerce». In coda al discorso, a mo' di clausola generale, Loqué chiariva infatti che «pour démêler ce qui s'y trouve de commercial, il ne faut que se reporter aux définitions des actes de commerce, car les faits ne changent pas de nature pour se rattacher à une entreprise de négoce: ils conservent le caractère qu'ils ont lorsqu'on les considère isolément»⁸⁴. Gli atti, i negozi e i contratti, dunque, non cambiavano natura per il fatto di essere collegati ad una «entreprise», ma conservavano il carattere e la conseguente disciplina che sarebbero loro spettati come atti «isolatamente» considerati.

⁸² Non ricadevano sotto la giurisdizione dei «tribunaux de commerce» – spiegava infatti J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 302-303 – le «entreprises» nelle quali «l'entrepreneur fournit les matières premières et son industrie tout ensemble, et où la valeur des matières égale ou surpasse celle de l'industrie. On peut en citer pour exemple les constructions de bâtimens faites d'après des devis et marchés, et avec engagement par l'entrepreneur de fournir les matériaux. L'achat des matières est sans doute un acte de commerce, puisque ces matières ne sont achetées que pour être revendues après avoir été mises en oeuvre. Au contraire, les devis, marchés et conventions entre l'entrepreneur et la personne pour laquelle il travaille, ne constituent pas une entreprise commerciale».

⁸³ M. PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, cit., parte I, titolo I, capitolo I, sezione V, n. 35, p. 14.

⁸⁴ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 294.

Perciò, ad esempio, non tutti gli atti, e meno che mai i rapporti, i diritti e i beni di una «entreprise de manufacture» avrebbero dovuto reputarsi commerciali e assoggettarsi al «droit» e alla «jurisdiction commerciale», ma solo quelli che, isolatamente ed individualmente considerati, avessero costituito, per la loro natura intrinseca ed obiettiva, «actes de commerce» secondo l'enumerazione degli artt. 632 e 633: così, se da un lato poteva senza alcun dubbio ritenersi la giurisdizione dei «tribunaux de commerce» riguardo agli «achats faits par le manufacturier de matières premières», ai «salaires des ouvriers» e alla «réception de leurs ouvrages», dall'altro lato era categoricamente da escludersi la commercialità, sostanziale e processuale, degli «achats d'outils et d'instruments de fabrication» e dell'«achat ou de la location d'une fabrique, d'une usine, d'un atelier», considerato che in questi casi l'«entrepreneur» acquistava, sì, beni, ma non per rivenderli né per darli in locazione⁸⁵. Non erano dunque da considerare “commerciali” gli acquisti di attrezzi e di macchinari, e nemmeno le compre e le locazioni di una fabbrica o di uno stabilimento che un commerciante perfezionava per esercitare la propria attività d'impresa, né, più in generale, qualsivoglia atto di organizzazione e di predisposizione dell'organismo aziendale, per la semplice ragione che tali atti, pur funzionali all'«entreprise», non realizzando immediatamente uno scambio, un passaggio di proprietà, esulavano dal concetto di «acte de commerce»⁸⁶.

⁸⁵ «Toutes ces choses» – ragionava J.G. LOCÉRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 295 – «sont des instruments de fabrication, et l'entrepreneur ne les achète ni pour les revendre ni pour en louer l'usage». Restavano ovviamente fuori dalla disciplina del *Code de commerce* e dalla giurisdizione dei «tribunaux de commerce» anche quegli atti che, pur compiuti nel contesto di una «entreprise de transports par terre et par eau», non costituivano «actes de commerce»: «ainsi encore» – proseguiva infatti Locré (*ibidem*) – «les entrepreneurs de transports par terre et par eau, sont justiciables des tribunaux de commerce pour les achats de voitures, de chevaux, de bateaux, attendu qu'ils n'achètent ces choses que pour en louer l'usage; ils le sont également pour les contrats et obligations dont il est parlé dans la section 2, titre 6 du livre I. Ils cessent de l'être, au contraire, relativement à tout ce qui concerne la police et l'administration».

⁸⁶ Ancora nel 1851, con sentenza del 22 marzo, la Corte di Parigi avrebbe ribadito che «l'acquisition par une maison de commerce d'un immeuble, non pour le revendre, mais pour y établir ses bureaux et en louer certaines parties, ne constitue pas un acte de commerce» (in *Journal du Palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence*, Bureaux de Journal du Palais, Paris 1851, tome I, pp. 629-630). Sul tema degli atti di organizzazione e degli atti preparatori, nel sistema delineato dalla codificazione napoleonica, nei sistemi derivati e in quelli che se ne sarebbero discostati, si leggano le pagine, dense di riferimenti storici, scritte da V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano 1973.

Non era l'«impresa» come organizzazione complessa di cose, rapporti e persone, a rilevare giuridicamente per il «droit commercial», ma solo l'«entreprise» come serie di quei soli «actes» che potessero obiettivamente qualificarsi «de commerce». Il diritto commerciale era il diritto degli «actes de commerce», degli «actes isolés de négoce», il complesso delle norme destinate a regolare la loro forma e i loro effetti, in un senso e secondo un impianto che esprimevano fino in fondo la cultura giuridica del tempo⁸⁷: 1) era un diritto a misura di individuo, e segnatamente di un proprietario, il «commerçant», che era colui che esercitava «actes de commerce»; 2) era un diritto semplice, tanto sotto il profilo soggettivo, avendo come riferimento l'«individuo», quanto sotto il profilo oggettivo, basandosi su un'enumerazione casistica di «actes de commerce», determinanti sia per una diretta applicazione del «droit commercial» (atti di commercio assoluti o obiettivi), sia per confermare la presunzione di commercialità degli atti compiuti dalle diverse specie di commerciante (atti di commercio relativi o subiettivi), sia per stabilire in concreto la qualità di «commerçant», sia per definire un'«entreprise»; 3) era un diritto incentrato sul momento in senso stretto “commerciale”, vale a dire sul momento dell'intermediazione, della circolazione, dello scambio, perché tutti gli «actes de commerce», direttamente o indirettamente, immediatamente o mediatamente, geneticamente o funzionalmente, determinavano, realizzavano, promuovevano o agevolano una disposizione del diritto di proprietà⁸⁸.

6. *Alla ricerca di una formula generale: il principio dell'intermediazione speculativa*

Dagli anni Venti dell'Ottocento, trascorso più di un decennio dall'entrata in vigore del *Code*, la scienza giuridica francese avrebbe intensificato il proprio sforzo ricostruttivo, ragionando su una significativa mole di casi giuri-

⁸⁷ J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, cit., tome I, p. 1.

⁸⁸ Lo scambio, mediante il quale si realizzava il commercio, era infatti – come nel commentare il Codice di commercio italiano del 1882 avrebbero sintetizzato L. FRANCHI e C. PAGANI, *Del commercio in generale*, in *Commentario al Codice di Commercio*, vol. I, Vallardi, Milano s.d. ma primi del 1900, pp. 60-61 – «passaggio di proprietà» che generava un lucro consistente «nella differenza fra il prezzo di acquisto e il prezzo di alienazione».

sprudenziali, ricamando esegeticamente sulle disposizioni del corpo legislativo, misurandosi, anche, con l'esigenza di allargare il campo di applicazione del diritto commerciale ai nuovi settori dell'economia industriale. Dall'officina della prassi, che incrociava in un'unica griglia le decisioni dei tribunali e le opere della dottrina, il quadro normativo usciva decisamente arricchito, sempre disarticolato in una galassia di atti e soggetti, ma piegato ad una qualche razionalizzazione in virtù della quale tentare la formulazione di criteri generali.

Conformemente all'impostazione molecolare del Codice, la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe, infatti, incentravano le loro riflessioni sui singoli «actes de commerce», non quali parti di un tutto, l'impresa, tessere interdipendenti di un mosaico policromatico (persone, contratti, rapporti, obbligazioni, luoghi, diritti, obblighi, beni), ma quali autonomi elementi da associare, in considerazione delle loro caratteristiche intrinseche, al diritto commerciale e alla giurisdizione dei tribunali di commercio: la compra e la rivendita, la convenzione per un trasporto, la convenzione per una manifattura, la commissione, la mediazione, l'agenzia, l'operazione di banca, la cambiale. La dimensione collettiva e unitaria dell'organizzazione rimaneva sullo sfondo come mero oggetto economico (industria, stabilimento, opificio, fabbrica), propedeutico o presupposto, ma fundamentalmente privo di rilevanza giuridica.

In questa prospettiva, la dottrina francese si soffermava sugli atti di commercio non in termini concettuali o dogmatici, ma in termini chiarificatori e definitivi, con l'intento di identificare quali negozi, nella pratica, dovessero per la loro struttura oggettiva, per la loro natura, per l'intento con il quale venivano posti in essere o anche per le qualità soggettive (professionalità) di chi li compiva, essere sottoposti al diritto e alla giurisdizione del commercio⁸⁹. Ma si avventurava anche, pur muovendo analiticamente dalla cernita degli atti tipizzati dal legislatore, nel tentativo di rintracciare un principio di coerenza interna in virtù del quale scardinare la logica della tipicità, così da guadagnare un sistema elastico e dinamico: ora un denominatore comune a tutti gli atti commercio, come l'intermediazione speculativa, in forza del quale allungare l'enumerazione legislativa (difatti ritenuta dimostrativa e non tassativa); ora un criterio attrattivo, come quello dell'accessorietà, in

⁸⁹ U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi*, cit., pp. 12-15.

grado di ricondurre alla sfera del diritto commerciale tutta una serie di atti che altrimenti, in sé considerati, non avrebbero avuto natura commerciale⁹⁰.

A non essere messa in discussione, ma ad assumere anzi contorni più definiti, rimaneva pertanto l'impostazione atomistica e molecolare, comune al momento soggettivo e al momento oggettivo, dal cui rapporto dialogico scaturiva, come già nel 1821 confermava Émile Vincens (1764-1850), il primato logico-sistematico degli atti di commercio: nonostante campeggiassero nel disegno legislativo «deux règles» per la determinazione della giurisdizione commerciale, una afferente alle persone, l'altra agli atti, risultava infatti «impossible de considérer à part une compétence directe relative aux personnes», perché nel momento in cui la legge limitava la giurisdizione sui commercianti alle sole controversie «relatives aux engagements et transactions» (art. 631), vale a dire ad «actes de commerce», non si poteva stabilire la giurisdizione su base personale «sans rentrer dans l'examen de la matière»⁹¹. Era dunque «proprement sur les actes de commerce qu'est fondée la juridiction commerciale»⁹². Tanto più che la stessa qualità di «commerçant» («banquiers», «marchands», «fabricans», «armateurs», «assureurs», «courtiers») discendeva dal compimento abituale di «actes de commerce», sui quali avrebbe quindi dovuto focalizzarsi l'attenzione dell'interprete, al fine di ricostruire, in un sistema analitico per forza di cose gremito di «incertitudes» e di «omissions», le caratteristiche di ogni singola fattispecie⁹³.

⁹⁰ Su queste prime intuizioni, certamente anticipatrici, sebbene forse non ancora risolutive, si veda J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, cit., pp. 347-348.

⁹¹ É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, Barrois, Paris 1821, tome I, p. 115.

⁹² *Ibidem*. «Si les commerçants y sont particulièrement soumis» – insisteva Vincens – «c'est parce qu'ils font leur profession habituelle de ces même actes: nous reviendrons incessamment sur cette observation».

⁹³ É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, cit., tome I, pp. 127 e 224-225. Il collegamento strutturale tra la definizione di «commerçant» e l'enumerazione degli «actes de commerce» sarebbe stato un punto fermo nell'attività di interpretazione e spiegazione del *Code de commerce*: cfr., a titolo esemplificativo e oltre quanto si vedrà in seguito, il processo analitico attraverso il quale J.-A. ROGRON, *Code de commerce expliqué*, Plon, Paris 1868, pp. 1-4, avrebbe «sezionato» il testo dell'art. 1 nelle tre nozioni di «commerçants», «actes de commerce» e «profession habituelle», nonché la premessa di E. DELAMARRE et J. POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Hingray, Paris 1861², tome I, pp. 74-77, nn. 33-34, secondo i quali «pour donner la définition du commerçant, est-il-préalable de définir le commerce», per la cui determinazione, in senso giuridico, avrebbe dovuto tenersi conto che «un acte n'est acte de commerce que parce que la loi le définit commercial, et nul acte n'est acte de commerce s'il n'est défini tel par la loi».

«*Il diritto commerciale*» – avrebbe ribadito nel 1857 Hippolyte Féréol Rivière (1816-1892) – era quindi «l'insieme delle regole speciali applicabili» da un lato «a coloro che fanno il commercio», dall'altro ai «contratti commerciali», ma poiché «un individuo» avrebbe assunto la «qualità di commerciante» se avesse esercitato degli «atti di commercio» e ne avesse fatto una «professione abituale» (quantunque non «principale»), occorreva in primo luogo, ricorrendo «all'art. 632», indagare la natura dei singoli atti di commercio⁹⁴. Ancora alla metà del secolo, scolasticamente seguendo l'ordine del Codice anziché le indicazioni di qualche autorevole maestro (Pardessus) e le tendenze di alcune codificazioni (Regno delle Due Sicilie), Rivière rinviava l'esame degli atti di commercio all'ultima parte della sua opera, a proposito della giurisdizione dei tribunali di commercio⁹⁵. L'identificazione di una fattispecie oggettiva passava dalle caratteristiche del singolo atto, in base alle quali avrebbe potuto distinguersi, del tutto prescindendosi dall'esistenza di un'organizzazione aziendale, una compravendita da un'impresa di manifatture, un contratto di trasporto civile da uno commerciale⁹⁶.

⁹⁴ H.-F. RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, Marescq et Dujardin, Paris 1857², trad. it. *Ripetizioni scritte sul Codice di commercio*, a cura di G. Bascone, Starita, Napoli 1857, pp. 17-18.

⁹⁵ *Ivi*, pp. 715-716.

⁹⁶ Per «impresa di manifatture», in quest'ottica, doveva intendersi – illustrava H.-F. RIVIÈRE, *Ripetizioni scritte sul Codice di commercio*, cit., pp. 723-726 – «la speculazione che ha per oggetto di mettere in opera delle materie prime e di trasformarle in prodotti nuovi, impiegando o degli operai solamente, o degli operai e delle macchine»: tale sarebbe stata, più propriamente rientrando nella «compra delle derrate o mercanzie che si rivendono dopo averle lavorate», la fattispecie in cui il manifatturiere avesse somministrato «egli stesso delle materie prime» per lavorarle e poi venderle; non sarebbe stata, viceversa, «atto di commercio», la fattispecie in cui il manifatturiere avesse somministrato solo «il servizio delle macchine e la mano d'opera», perché in questo caso avrebbe speculato solo «sulla locazione delle macchine ed in qualche modo sul subaffitto degli operai». Erano «imprese di forniture» le «convenzioni con le quali degli individui si obbligano a fornire, in diverse epoche, delle derrate o altri oggetti», non necessariamente in proprietà ma anche in locazione: in entrambi i casi, infatti, «l'impresa di forniture» era «atto di commercio» in quanto determinava «una speculazione sulla compra e sulla rivendita, o sull'affitto degli oggetti che l'intraprenditore deve consegnare». Era «impresa di commissione», secondo alcuni, il «contratto isolato di commissione», secondo altri la pluralità di atti di commissione. Era atto di commercio l'impresa di trasporti «non solamente perché è un'utile ausiliaria del commercio, ma ancora perché gli intraprenditori di trasporti comprano o affittano ogni specie di comodo del quale affittano l'uso al pubblico». Era «impresa di agenzie» quella «delle persone che fanno professione di offrire le loro cure, mediante salario, per la gestione degli affari altrui; che si incaricano della esazione o della liquidazione dei crediti, di fare impiegare dei capitali, degli imprestiti, di procurare delle situazioni ai domestici e ad altre persone».

All'interno di questa cornice generale, che rinsaldava il primato dei singoli atti di commercio, la scienza giuridica inseguiva tuttavia un criterio generale alla luce del quale poter accertare di volta in volta la natura commerciale di un atto, riprendendo quel filo logico che aveva spinto già Pardessus ad esaltare la funzione intermediatrice, il momento dell'intromissione speculativa, la causa dello scambio. «Actes de commerce» – aveva già provato a sintetizzare Vincens – erano «essentiellement ceux qui s'y résolvent en une spéculation où l'on achète afin de revendre»⁹⁷. Quasi cinquant'anni dopo, nel 1867, François Beslay (1835-1883) poteva quindi ragionevolmente riassume che affinché ricorresse la qualità legale di commerciante fossero necessarie quattro condizioni, la prima e la più importante delle quali era il compimento di «actes d'entremise»⁹⁸; la seconda la speculazione, lo scopo di trarre profitto dall'intermediazione, dalla differenza tra il prezzo della compra e quello della vendita: «sans entremise, sans spéculation, pas d'acte de commerce»⁹⁹; la terza e la quarta rispettivamente la professionalità e l'abitudine («d'une manière habituelle et professionnelle») ¹⁰⁰.

Il commerciante era dunque un «intermédiaire», talché «l'office du commerçant» avrebbe sempre e comunque dovuto consistere, a tutti i livelli della «hiérarchie commerciale», nel procurare «aux uns ce dont les autres veulent

⁹⁷ É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, cit., tome I, p. 121. E così, a parte la compra per rivendere, in cui il «fait isolé» era considerato «acte de commerce», l'«entreprise de manufacture» era volta a «revendre travaillées les matières qu'on a achetées brutes», il commissionario non era altro «qu'un commerçant qui se charge d'acheter ou de vendre pour les acheteurs ou pour les vendeurs absents» e le «entreprises de transport par terre et par eau» erano quelle esercitate sia da coloro che «aient des voitures qu'ils font voyager à leur compte» sia da coloro che «se bornent à servir d'intermédiaires entre les expéditeurs de marchandises et les voituriers» (ivi, pp. 129-130).

⁹⁸ F. BESLAY, *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce*, Thorin/Cosse, Marchal et C^e, Paris 1867, tome I, p. 8.

⁹⁹ Ivi, p. 64. Era ciò che nella voce *Acte de commerce*, in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., tome II, p. 387, nn. 16-17, ferma restando «la difficulté extrême, pour ne pas dire l'impossibilité d'offrir une définition rigoureuse et complète des actes de commerce», si considerava «le caractère dominant de l'acte de commerce», intendendo per speculazione «l'intention qu'a celui qui s'y livre de se procurer par là un bénéfice»: un contratto «qui est purement civil, s'il a simplement pour but de satisfaire à des convenances ou à des nécessités, devient commercial s'il a été opéré dans un esprit de lucre et en vue d'un trafic».

¹⁰⁰ Ma occorre anche che l'esercizio degli atti di intermediazione avvenisse *proprio nomine* («sous son nom personnel»), escludendo dunque coloro che agissero per procura, come i rappresentanti di commercio, i commessi viaggiatori, i mediatori, gli agenti di cambio, gli amministratori di società: cfr. F. BESLAY, *Commentaire*, cit., tome I, pp. 78-116.

se defaire»¹⁰¹. Era perciò commerciante il lattaiolo, che comprava il latte in campagna, lo trasportava e lo vendeva in città; era commerciante chi comprava la farina in Russia o in Sicilia per rivenderla in Francia; ma era commerciante anche il costruttore di macchine, che comprava le materie prime dall'industria metallurgica per rivenderle trasformate ad altre industrie: l'intermediazione assumeva forme e caratteri differenti, ma rappresentava comunque, nella sua essenza di «transmissions de propriété successives», la condizione irrinunciabile di ogni attività giuridicamente rilevante¹⁰².

La compra per rivendere, in questa prospettiva, si confermava «l'acte commercial par excellence», la forma più elementare ed intuitiva di intermediazione, capace di racchiudere la moltitudine degli atti di scambio, ma non di esaurire la totalità delle operazioni commerciali¹⁰³. Anche l'«entreprise de fournitures» e l'«entreprise de transport», infatti, erano «actes de commerce», così come lo era l'industria, la sua commercialità derivando però

¹⁰¹ F. BESLAY, *Commentaire*, cit., tome I, p. 8.

¹⁰² *Ivi*, pp. 9-12.

¹⁰³ Era «la forme la plus simple, la plus ordinaire, la plus facile à saisir, la plus commode à analyser des différentes formes d'entremise», dal momento che «celui qui achète des marchandises à une personne pour les revendre à une autre, s'entremet entre la première et la seconde, il fait acte d'entremise; il est intermédiaire» (F. BESLAY, *Commentaire*, cit., tome I, p. 13). Vale la pena di segnalare che Beslay non attribuiva all'art. 632 valenza generale, ma riteneva che fosse un articolo speciale, da limitare tassativamente alla determinazione della giurisdizione commerciale: se così non fosse stato, la definizione sarebbe stata in testa al Codice, al posto dell'art. 1. Un atto, pertanto, avrebbe potuto essere di competenza dei tribunali di commercio, sulla base delle presunzioni previste dall'art. 632, ma non per questo avrebbe dovuto considerarsi «acte de commerce» in termini generali, anche ai fini, ad esempio, della determinazione della qualità di commerciante ai sensi dell'art. 1: «ne serait-il pas en effet bien bizarre que, pour interpréter sainement l'art. 1^{er}, il fallût se reporter nécessairement à la disposition de l'art. 632? La loi, sans doute, n'est pas l'oeuvre logique d'un philosophe ne conduisant jamais l'esprit de ses lecteurs que du simple au composé, et du connu à l'inconnu. Cependant, ne serait-il pas singulier que le législateur eût mis à la fin du Code de commerce une définition qui devrait dominer ce Code tout entier? Si la définition de l'art. 632 était une disposition générale, elle devrait se trouver en tête du Code, à la place de l'art. 1^{er}! Or, elle est placée tout à la fin du Code, au titre de la compétence des tribunaux de commerce; donc cette disposition n'est pas générale. ... La manière d'interpréter l'art. 632, que nous proposons, est donc confirmée par la lecture même du texte, la place qu'il occupe dans l'économie générale du Code, et les travaux préparatoires. On voit tout de suite où nous conduit cette manière d'interpréter l'art. 632. S'agira-t-il de déterminer la qualité d'un acte pour régler le conflit entre la juridiction commerciale et la juridiction civile, il faudra consulter l'art. 632, appendice nécessaire de l'art. 631. Mais s'agira-t-il de déterminer la qualité des personnes et le sens des mots «actes de commerce», dans l'art. 1^{er} du Code de commerce, il faudra consulter non plus les présomptions de l'art. 632, mais les données mêmes de la raison qui définit le commerce et le commerçant» (*ivi*, pp. 95-99).

non dalla funzione produttiva ma dalla funzione intermediatrice, la sua “giuridicità” manifestandosi non nella dimensione organizzativa ma nel compimento di atti di scambio: anche l’«industriel est, en général, dans une mesure plus ou moins grande, un intermédiaire»¹⁰⁴.

Non già l’organizzazione aziendale, la rete complessa e articolata di rapporti, persone e diritti, ma i singoli atti dell’intermediazione, pertanto, erano ciò che avrebbe conferito commercialità all’industria e all’industriale: il manifatturiere, al pari del commerciante in senso stretto, realizzava un’interposizione, compiva un atto di intermediazione caratterizzato dal fatto che i beni, prima di essere rivenduti, sarebbero stati soggetti ad una lavorazione e ad una trasformazione più o meno profonde¹⁰⁵. Con la conseguenza che, ad esempio, non avrebbero dovuto e potuto attrarsi nell’orbita della commercialità il proprietario di una vigna che vendeva i prodotti del fondo, il proprietario di una miniera che vendeva i minerali e il proprietario di immobili che concedeva appartamenti in locazione¹⁰⁶. E che per stabilire se un medico fosse stato o no commerciante, avrebbe dovuto accertarsi «quelle est la nature des actes auxquels il se livre»: poiché i suoi atti non erano «actes d’entremise», giacché egli “vendeva” «un service personnel» che non aveva comprato né preso in locazione, ma metteva al servizio dei malati la sua esperienza, le sue conoscenze e la sua abilità, giammai avrebbe potuto qualificarsi come «intermédiaire», come «commerçant», né i suoi atti come «actes d’entremise», «actes de commerce»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ F. BESLAY, *Commentaire*, cit., tome I, p. 14.

¹⁰⁵ «Le manufacturier, comme le commerçant proprement dit, achète, pour les revendre, les produits sur lesquels s’exerce son industrie; il fait donc acte d’entremise. Le filateur qui achète au Havre le coton en balles et le revend en fils est commerçant aussi bien que le marchand qui achète le coton filé et le revend aux fabricants d’étoffes; la loi commerciale ne distingue pas. ... Sans doute, il y a cette différence entre le marchand de fils et le filateur, que le marchand vend au consommateur les produits du manufacturier, sans leur faire subir une transformation réelle, tandis que le manufacturier transforme, avant de les revendre, les produits qu’il a achetés; mais cette transformation des produits n’altère pas le caractère de l’opération qui se résout définitivement en une entremise» (F. BESLAY, *Commentaire*, cit., tome I, p. 14).

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 18.

¹⁰⁷ *Ivi*, pp. 20-22. Il ragionamento, impostato su una meticolosa cernita degli atti capaci di realizzare un’intermediazione nella circolazione di una materia prima, di una merce, di un bene, di un valore immateriale, della forza lavoro, proseguiva con gli uomini di lettere, gli artisti, i fotografi, gli agenti d’affari, gli attori, i panettieri, i ristoratori, gli albergatori, i farmacisti, i produttori, gli editori, gli artigiani, i giardinieri, i carpentieri, i cocchieri (*ivi*, pp. 20-47).

L'assunzione dell'intermediazione speculativa quale carattere discreto della commercialità di un atto era la logica conseguenza di una concezione economica che continuava a gravitare, come vagheggiato dal legislatore napoleonico, intorno allo scambio delle merci, alla circolazione dei beni, al commercio in senso stretto. Il termine «*commerçant*», impiegato nell'art. 1, era innegabilmente «*générique*», comprendendo «*tous les individus désignés par les anciennes lois ou par l'usage sous les noms divers de négociants, marchands, fabricants, manufacturiers, banquiers*», ma se si fosse voluto azzardare – come faceva Isidore Alauzet (1807-1882) – un collegamento tra diritto ed economia, al fine di stabilire a quale figura economica, fra quelle proprie del mercato («*laboureur*», «*industriel*», «*marchand*»), avesse voluto riferirsi il legislatore napoleonico nell'art. 1 del *Code*, avrebbe dovuto concludersi «*que, dans les temps plus modernes, on a su distinguer le commerçant à ce signe qu'il se rendait intermédiaire entre le producteur et le consommateur, entre l'offre et la demande, et que c'était sur cette entremise qu'était basée la spéculation à laquelle il se livrait*»¹⁰⁸.

Un operatore economico, pertanto, sarebbe stato «commerciante» in senso giuridico solo quando la sua attività fosse consistita in un'interposizione tra produttore e consumatore, concretizzandosi, più precisamente, in atti di intermediazione compiuti per professione abituale¹⁰⁹. L'elemento dell'intermediazione speculativa diventava così cruciale per ricostruire la lista degli atti di commercio, tipizzati e non, configurandosi quale criterio generale d'interpretazione¹¹⁰. C'era un'obiettivo «*difficulté*», infatti, «*à trouver une formule définissant les actes de commerce avec assez de précision pour qu'elle les comprenne tous et ne puisse s'appliquer à aucun fait n'ayant pas le caractère commercial*», ma considerando che ad avere esclusivo rilievo sul piano giuridico era il commercio in senso stretto, il commercio in

¹⁰⁸ I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, Marchal, Billard et C^e, Paris 1879³, tome I, rispettivamente p. 374, n. 247, dove peraltro chiariva che, «*en un mot, tous ceux qui se livrent au négoce sont considérés par le Code de commerce comme ne formant qu'une seule et même classe*», e p. 3, n. 1.

¹⁰⁹ *Ivi*, tome I, p. 375, n. 247bis.

¹¹⁰ Sul fatto che nel sistema del *Code de commerce* l'elemento oggettivo costituito dagli atti di commercio avesse una posizione di pregiudizialità logica rispetto all'elemento soggettivo del commerciante, al punto da potersi considerare inesatta l'interpretazione, emergente dagli stessi motivi preparatorii, secondo la quale la competenza sarebbe stata «*donc tout à la fois personnelle et réelle*», cfr. I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 308-311, nn. 2947-2948.

senso economico, «l'acte de commerce ne peut être que celui qu'accomplit, dans un but de spéculation personnelle, l'homme qui se rend intermédiaire entre celui qui offre et celui qui demande; entre le producteur et le consommateur»¹¹¹. L'atto di commercio, che serviva a mettere in relazione il produttore e il consumatore, era dunque un atto d'intermediazione, tanto penetrato nel momento economico dello scambio, quanto avulso dalla dimensione organizzativa della produzione¹¹²: un atto – si sbilanciava in termini definitivi Alphonse Boistel (1836-1906)¹¹³ – sarebbe stato «*commercial de la part de l'une des parties contractantes, lorsque cette personne entend n'être qu'un intermédiaire spéculant sur la transmission de la valeur qui fait l'objet du contrat*»¹¹⁴.

Anche la compra e la vendita, modelli archetipici di scambio, avrebbero dunque dovuto, per assumere la natura di atto di commercio, realizzare in concreto un'intermediazione speculativa, risolversi in un acquisto a scopo di

¹¹¹ *Ivi*, tome I, p. 375, n. 247bis.

¹¹² «L'acte de commerce» – ragionava infatti I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome I, p. 375, n. 247bis – «exige donc le concours de trois personnes: celle qui offre, celle qui demande, celle qui s'entremet entre les deux autres, dans un but, nous le répétons, de spéculation personnelle; il faut, par suite, que l'entremise et la spéculation portent sur un seul et même acte. En toute occasion, nous verrons que le législateur a suivi les principes que nous avons posés; et il faut bien admettre qu'il les avait pleinement adoptés, quoiqu'il se soit abstenu de les formuler».

¹¹³ Alphonse-Barthélémy-Martin Boistel, nato a Parigi il 24 dicembre del 1836, studiò e insegnò diritto civile e diritto commerciale, raccogliendo molti dei motivi scientifici e metodologici del suo tempo, dalla passione per la storia degli istituti e per il diritto romano, all'apertura, in sintonia con l'affermarsi del positivismo scientifico, verso la ricerca in campo geologico e naturalistico. Laureatosi con una tesi sulla nullità e la risoluzione della vendita e della divisione (1859), conseguì il dottorato con un lavoro sulla patria potestà nel diritto romano e in quello francese (1863) e divenuto professore aggregato nel 1866, ottenne l'incarico di diritto civile all'Università di Grenoble, prima di insegnare diritto commerciale (1870-1879) e diritto civile (1879-1907) alla Facoltà di giurisprudenza di Parigi. Direttore dal 1875 al 1907 della *Revue général du droit*, scrisse diverse opere, fra le quali, oltre quella citata, *Le Droit dans la famille. Études de droit rationnel et de droit positif* (Paris 1864), *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit, suivant les principes de Rosmini* (Paris 1870), *Théorie juridique du compte-courant* (Paris 1883), *Du "dies incertus" et de ses effets dans les dispositions testamentaires* (Paris 1885), *Manuel de droit commercial* (Paris 1887), *Cours de philosophie du droit* (Paris 1899), ma anche *De la Méthode dans les sciences morales* (Grenoble 1868), *Principes de métaphysique nécessaires à l'étude de la philosophie du droit* (Paris 1899), *Nouvelle flore des lichens pour la détermination facile des espèces sans microscope et sans réactifs* (Paris 1902). Morì a Parigi il 21 dicembre del 1908.

¹¹⁴ A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Thorin, Paris 1876, p. 22.

rivendita o in una vendita a seguito di un acquisto¹¹⁵. In ciò, appunto, stava la differenza tra la vendita civile e quella commerciale: non solo nell'oggetto, che nella vendita commerciale avrebbe dovuto tassativamente consistere in un bene mobile, ma anche nel collegamento necessario tra l'acquisto e la vendita, condizione indispensabile per l'avveramento dell'intermediazione¹¹⁶. Era la medesima logica che sottintendeva l'«entreprise», di manifattura, di trasporto, di commissione, di agenzia, di spettacoli, di costruzioni marittime (escluse sempre quelle terrestri, per le quali ancora «aucune assimilation n'est possible»)¹¹⁷, tutte basate su un'intermediazione speculativa, sul compimento di atti di scambio, con la particolarità che in queste materie il legislatore aveva ritenuto di stabilire «clairement q'un acte isolé ne peut plus suffire pour créer la compétence du tribunal de commerce: une continuité d'actes est nécessaire»¹¹⁸.

¹¹⁵ Il loro essere atti di commercio per antonomasia, nell'economia sistematica del *Code*, risultava del resto anche da quelle disposizioni che ne elevavano la disciplina a diritto comune dei contratti commerciali. In questo senso, tra le altre cose, I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome I, pp. 25-26, nn. 11-12, riteneva, esponendo un principio condiviso, che l'art. 109, con cui il legislatore elencava i mezzi di prova degli atti di acquisto e di vendita in materia commerciale, avesse «une portée plus étendue que son texte ne semble l'indiquer», una valenza generale, quasi contenesse la disciplina uniforme applicabile, «par analogie, à tous les engagements commerciaux», un vero e proprio «droit commun en matière de preuves dans toutes les contestations commerciales».

¹¹⁶ «La convention» – spiegava infatti I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome I, p. 167, n. 97 – «ne constituera un acte de commerce que si elle a pour objet ou l'achat de choses destinées à être vendues ou louées, ou la vente de choses qui auraient été achetées dans l'intention et le but de les revendre; c'est ce qui distingue la vente civile de la vente commerciale».

¹¹⁷ I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 354, n. 2980.

¹¹⁸ *Ivi*, tome VIII, p. 346, n. 2973. Si trattava, secondo Alauzet, tutt'al più di una ripetizione superflua, una disposizione «inutile», uno dei tanti cortocircuiti provocati dall'impostazione molecolare del *Code*, se è vero che «celui qui se livre habituellement à la fabrication, à la commission, au transport, ou, en d'autres termes, exerce la profession de manufacturier, de commissionnaire, d'entrepreneur de transports, est nécessairement commerçant; le tribunal de commerce sera donc à double titre compétent» (*ivi*, tome VIII, pp. 346-348, n. 2973, e poi estesamente pp. 350-364, nn. 2977-2985). Non si poteva, però, come facevano E. DELAMARRE et J. POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, cit., tome II, pp. 74-76, n. 29, mettere in discussione il testo legislativo, ritenendolo «absurd» e forzandolo nel senso di riferirlo al «fait isolé de celui qui se charge d'une commission relative à une opération commerciale». Semmai, come faceva É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, cit., tome I, pp. 129-130, limitarsi a rilevare nella legge «un défaut logique».

7. *L'elaborazione "giurisprudenziale" di un criterio attrattivo: la «teoria dell'accessorio» e il suo combinarsi con l'intermediazione speculativa*

L'esaltazione della funzione intermediatrice, che consentiva di raccogliere gli atti di commercio sotto un unico denominatore e di allargarne quindi il numero al di là delle fattispecie tipizzate dal legislatore, non autorizzava tuttavia ad attrarre nella sfera del Codice tutti quegli atti che, pur ricollegabili ad un esercizio commerciale, non fossero immediatamente qualificabili come atti di scambio. Con questa consapevolezza, nel 1846, Joseph-Vincent Molinier, attento alla realtà economica e deciso a ricucire su un unico tessuto connettivo la varietà delle operazioni commerciali, misurava la distanza tra l'impianto legislativo e l'economia industriale, sottolineava le incertezze del legislatore, constatava l'insufficienza di un elenco di atti di commercio dinanzi alle logiche complesse dell'economia industriale.

Senza mettere in discussione l'architettura codicistica, Molinier metteva sul tappeto una serie di questioni – dall'acquisto del complesso aziendale al ruolo degli immobili nell'attività d'impresa – dalle quali traspariva l'esigenza di un criterio capace di ricondurre al diritto commerciale l'intero organismo economico dell'industriale. «Commerçant», come voleva il legislatore, era colui che, ora «négociant», ora «marchand», ora «fabrican ou manufacturier», ora «commissionaire», ora «banquier», ora «armateur», faceva «profession habituelle de l'exercice des actes de commerce»¹¹⁹; al centro del sistema, di conseguenza, si confermavano gli «actes de commerce», tali «à raison de la nature commerciale des opérations qui les constituent», «à raison de la spéculation commerciale qui en fait l'objet» o «à raison de la qualité de ceux qui les ont consentis»¹²⁰; l'«achat», sotto forma di compra per rivendere, di compra per rivendere a seguito di trasformazione e di compra per dare in godimento, rappresentava dunque senz'altro, nella gerarchia idealmente delineata dall'art. 632, l'atto di commercio per eccellenza¹²¹.

Tuttavia c'era già una prima palese insufficienza nel fatto che, affinché potesse reputarsi atto di commercio, l'«achat», visto il tenore dell'art. 632,

¹¹⁹ J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial ou explication méthodique des dispositions du Code de commerce*, Joubert, Paris 1846, tome I, pp. 9-11.

¹²⁰ *Ivi*, p. 18.

¹²¹ *Ivi*, pp. 20-21.

avrebbe dovuto avere per oggetto beni mobili, «denrées» o «marchandises»¹²². In questo modo, come notava Molinier, sfuggivano al diritto commerciale tutti quegli uomini d'affari che, sempre più frequentemente nell'economia industriale, compravano interi immobili al solo scopo di rivenderli frazionati, compiendo così, sotto il profilo economico, un complesso di operazioni di natura tipicamente commerciale¹²³.

Inoltre, alla luce della mera enumerazione degli «actes de commerce», sarebbe stata di difficile lettura l'ipotesi dell'acquisto del cosiddetto «fonds de commerce» (questa «construction juridique très particulière»)¹²⁴, comprensivo di «deux objets distincts: l'*achalandage* et les *marchandises*»¹²⁵.

¹²² La giurisprudenza prevalente continuava su questo punto a dimostrarsi impermeabile, come faceva la Corte di Parigi nel 1868, quando, decidendo con ben tre sentenze (15 febbraio, 17 e 29 agosto, tutte riunite in *Journal du Palais*, cit., Bureaux de l'administration, Paris 1868, pp. 1223-1231) altrettante controversie riguardanti società immobiliari, ribadiva che gli artt. 632 e 633 non permettevano di «admettre comme pouvant faire l'objet d'actes de commerce que les choses mobilières, qualifiées par elle denrées et marchandises», che l'estensione agli immobili, data la loro natura «essentiellement différente», sarebbe stata una «violence au texte de ces articles» e un misconoscimento della «pensée qui a guidé le législateur», che pertanto «les immeubles sont dans le domaine exclusif du droit civil et ne peuvent être gouvernés que par lui». Nella nota alle sentenze, J.E. LABBÉ avallava l'orientamento della Corte, confermando che «la vérité est que les immeubles ne sont pas matière à opérations commerciales» e che «le législateur, en donnant pour type des actes de commerce l'achat de *denrées* et *marchandises* pour les revendre, n'a pas pu, d'après le sens traditionnel des mots, comprendre sous ces expressions *denrées* et *marchandises*, les immeubles» (ivi, p. 1224).

¹²³ «D'après ces règles et les termes dans lesquels la loi est conçue» – notava infatti J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., p. 23 – «on est amené à décider que l'achat des seules choses *mobilières* peut constituer un acte de commerce. On ne saurait donc considérer comme faisant des actes de commerce les nombreux trafiquans qui font métier, à l'époque actuelle, d'acheter des immeubles dans le seul but de réaliser des bénéfices en les revendant en parcelles. Ils restent soumis, quant à leurs acquisitions, aux dispositions de la loi civile, qui doit seule régir les aliénations d'immeubles, et ils ne sont justiciables que de tribunaux ordinaires». Sarebbe stato impossibile, come rilevava I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 344, n. 2971, «de trouver dans la loi un moyen de déclarer acte de commerce, l'achat et la vente d'immeubles».

¹²⁴ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, cit., p. 97 e poi pp. 151-163. Il «fonds de commerce», che sarebbe stato infine «codificato» con la legge 17-19 marzo 1909, non si identificava con l'impresa economica – fermandosi quello, su di un piano strettamente patrimoniale, ad un mero complesso di beni, materiali e immateriali, senza riferimenti all'apporto umano, all'organizzazione e all'attività – ma ne prefigurava in qualche modo la nascita, perché poneva il problema delle sorti comuni di un'unità complessa destinata all'esercizio di un'attività industriale. Cfr. il *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, publié sous la direction de E. Vergé et G. Ripert, tome II, Dalloz, Paris 1957, pp. 265-266, oltre a M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1957, p. 347; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, cit., pp. 171-186; J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Recueil Sirey, Paris 1952, pp. 155-156, n. 226.

¹²⁵ J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., p. 27.

L'«achalandage» – osservava infatti Molinier – non avrebbe potuto assimilarsi ad «une marchandise proprement dite», perché l'acquirente non entrava in possesso di una cosa, ma conseguiva solo il risultato di sostituirsi al venditore, traendo vantaggio dalla posizione da lui assunta nel mercato, nei rapporti con i clienti e con i fornitori. Per questa ragione, a stretto rigore, «l'achat de l'achalandage», che consisteva nell'acquisto di un capitale immateriale non destinato alla vendita, mai avrebbe potuto considerarsi «par lui-même un acte de commerce»¹²⁶.

L'osservazione della realtà e il senso pratico, tuttavia, spingevano Molinier ad adottare una prospettiva d'insieme, una logica complessa in grado di attrarre nell'orbita del diritto commerciale tanto le «marchandises» quanto l'«achalandage». Clientela ed avviamento, infatti, non erano beni isolati, ma parti integranti, insieme alle merci, agli strumenti e agli attrezzi, di un tutto complesso. L'acquisto dell'«achalandage», pertanto, non andava visto come atto a sé stante, ma inquadrato, in posizione accessoria, nella più ampia operazione commerciale di acquisto del «fonds de commerce», all'interno del quale la posizione principale era occupata dalle «marchandises». Poiché le «marchandises» erano ovviamente acquistate allo scopo di essere rivendute, così da integrare la tipica fattispecie di «acte de commerce», anche l'acquisto dell'«achalandage», accessorio rispetto a quello delle «marchandises», come più in generale quello dell'intero «fonds de commerce», avrebbero a tutti gli effetti dovuto assoggettarsi, secondo un orientamento che affiorava anche in giurisprudenza¹²⁷, alla legislazione, al diritto e alla giu-

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ La natura commerciale dell'atto di acquisto del «fonds de commerce», per quanto controversa, era stata dichiarata in più occasioni dalla giurisprudenza di merito, proprio facendo leva sulla posizione “principale” delle «marchandises», in particolare dalla Corte di Parigi con sentenze dell'11 agosto 1829 (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., tome XXIX.II, p. 329), del 15 luglio 1831 (*ivi*, tome XXXI.II, p. 319), del 7 agosto 1832 (*ivi*, tome XXXIII.II, cc. 51-52), del 12 aprile 1834 (*ivi*, tome XXXIV.II, c. 616) e del 12 novembre 1849 (*ivi*, 2^e série, an. 1849, Bachelier, Paris 1849, partie II, cc. 577-580), dalla Corte d'Orléans con sentenza del 25 giugno 1850, (*ivi*, an. 1851, partie II, c. 13), dalla Corte di Douai con sentenze del 5 marzo e del 30 luglio 1850 (in *Journal du Palais*, cit., 1851, tome I, pp. 443-444) e dalla Corte di Colmar con sentenza del 28 maggio 1850 (*ivi*, p. 444). Anche la Corte di Cassazione ne aveva ritenuto la commercialità, in ragione della qualità delle parti (7 giugno 1837: J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., an. 1838, partie I, cc. 78-80). La tesi affermativa era ormai largamente sostenuta anche in dottrina, come emerge nella voce *Acte de commerce*, in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., pp. 398-403, nn. 58-74, ricca come di consueto di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; era stata già propugnata, tra gli altri, da I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, cit., tome VIII, pp. 342-343, n. 2968, da CH. A. DESPRÉAUX, *Compétence des tribunaux de commerce dans leurs rapports*

risdizione commerciali¹²⁸. Il che, senza ricorrere al criterio dell'«accessorio», sarebbe stato possibile solo nel caso, quasi scolastico, dell'acquisto di un *fonds de commerce* allo scopo di rivenderlo¹²⁹.

La «teoria dell'accessorio» si rivelava perciò indispensabile per dirimere tutte quelle delicate questioni che la dottrina e la giurisprudenza non erano nelle condizioni di risolvere servendosi dello scarno sistema degli «actes de commerce» messo a disposizione dal legislatore¹³⁰. La convinzione che la commercialità di un atto non potesse dipendere dalla sua occasionale riconducibilità ad un elenco, ma dal suo collegamento ad un organismo economi-

avec les tribunaux civils, Amiens, Paris 1836, pp. 190-196, nn. 336-341, e da HORSON, *Questions sur le Code de commerce*, Journal du commerce, Renard, Paris 1829, tome II, p. 424, question 197, il quale riteneva che fosse «acte de commerce» la vendita «d'un fonds d'auberge», comprensivo di «achalandage» e «ustensiles d'exploitation», quando «la vente a pour objet principal les marchandises que l'acquéreur du fonds achète pour revendre».

¹²⁸ L'«achat des marchandises» – era il ragionamento di J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 28 – «constitue éminemment», trattandosi di compra allo scopo di rivendere, «un acte de commerce». Perciò «la solution que doit recevoir la question de savoir si la vente d'un fonds de commerce qui comprend à la fois l'achalandage et les marchandises est régie par la législation commerciale, dépend du point de savoir si l'achalandage doit être considéré comme l'objet principal de l'acquisition, ou s'il ne doit être considéré que comme un accessoire». Secondo Molinier, colui che «achète un achalandage et un fonds de marchandises a principalement en vue le débit des marchandises dont il se charge et de celles qu'il se propose d'y joindre. L'achat de l'achalandage n'a pour cause que l'espérance d'une vente plus sûre, et se rattache à l'acquisition des marchandises faite dans l'intention de les revendre». Pertanto, dovendosi tutto ricondurre ad una «spéculation commerciale», avrebbe dovuto essere «la législation commerciale» a reggere «l'entier traité».

¹²⁹ Con questa motivazione, infatti, la giurisprudenza aveva ripetutamente negato che l'acquisto di un «fonds de commerce» costituisca un «acte de commerce», trattenendo, come faceva il Tribunale civile della Senna (3 luglio 1833) e confermava la Corte di Parigi (18 agosto 1834), la propria giurisdizione in considerazione del fatto «qu'il n'y a acte de commerce que lorsqu'on achète pour revendre», «que l'acquérir n'a pas acheté le fonds de commerce pour le revendre» e «qu'un fonds de commerce forme une propriété distincte des marchandises qui en font partie» (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., tome XXXIV.II, c. 615; si veda anche, in senso conforme, la sentenza del 12 marzo 1829 ancora della Corte di Parigi: *ivi*, tome XXIX.II, p. 164). Chiarissima, sul punto, la spiegazione di A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., pp. 37-38, il quale, dinanzi alla domanda se fosse o no commerciale l'acquisto di un «fonds de commerce», rispondeva «négativement» «au point de vue de l'achat pour revendre», ma «affirmativement» «au point de vue de la théorie de l'accessoire», perché esso costituiva «le premier ou le dernier acte de la profession; l'achat est l'acte absolument nécessaire pour pouvoir l'exercer; l'espoir de vendre est non moins nécessaire pour que le commerçant s'y engage».

¹³⁰ La teoria, più precisamente, in base alla quale, secondo la spiegazione dello stesso J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 28, «l'accessoire doit être soumis à la même règle que le principal». Ovvero, come sintetizzava A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., pp. 23 e 34, la «théorie d'après laquelle l'acte accessoire doit être caractérisé par l'acte principal auquel il se rattache», «l'accessoire suit le sort du principal».

co strutturalmente preordinato all'esercizio di un'attività commerciale, consentiva così a Molinier di dilatare l'ambito degli «actes de commerce», sorvolando sulle sottili distinzioni e sulle grossolane lacune dell'enumerazione legislativa. L'acquisto, da parte di un albergatore, dei mobili con cui arredare le camere, ad esempio, andava considerato «acte de commerce», perché i beni acquistati, sebbene non destinati alla vendita, contribuivano comunque alla speculazione del commerciante¹³¹. L'art. 632, inoltre, era imperfetto anche nella disciplina della locazione, perché prevedeva espressamente solo «le cas où des marchandises ont été *achetées* pour être louées», senza prevedere nulla per il caso in cui i beni fossero presi in locazione «dans le but de spéculer sur une *sous-location*»¹³².

Il ricorso all'«entreprise», infine, che nell'art. 632 serviva ad assoggettare al diritto commerciale una serie di atti che se compiuti isolatamente sarebbero rimasti sotto la disciplina del diritto civile, non consentiva di superare la prospettiva atomistica dei singoli «actes de commerce»¹³³. Grazie alla categoria dell'«enterprise», infatti, che indicava «un nombre des actes de commerce à raison des spéculations manufacturières et commerciales», l'art. 632 assoggettava al diritto commerciale i singoli atti, i negozi e i contratti che concorrevano a formare una determinata catena seriale¹³⁴. A cadere nell'orbita del diritto commerciale, di conseguenza, erano sempre i singoli atti – di

¹³¹ Alla stregua del «cafetier qui achète les meubles et les ustensiles nécessaires pour son café; il spéculer sur ces objets puisqu'il en fera payer l'usage à tous ceux qui fréquenteront son établissement» (J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 29). Alla stregua, ancora, come ritenuto dalla Cassazione con sentenza del 1° dicembre 1851 (in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique*, cit., an. 1851, partie I, pp. 325-326), di colui che avesse acquistato «une voiture» non solo per svolgere la sua professione di commissionario, ma anche per compiere al meglio le «opérations» e gli «actes de commerce» della sua attività di vendita di «marchandises», per «l'exercice de son industrie»: cfr. il commento di J.-A. ROGRON, *Code de commerce expliqué*, cit., p. 1328.

¹³² J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 30. «La rédaction de l'art. 632» – proseguiva Molinier (*ibidem*) – «aurait pu être plus complète, et laisse souvent les tribunaux dans la nécessité de suppléer ce qu'elle n'a pas expressément prévu, en se pénétrant du principe général que le législateur a entendu consacrer. Or, ce principe général est qu'il y a acte de commerce toutes les fois qu'on spéculer au moyen de la vente ou du louage des choses mobilières. Il faut donc reconnaître que celui qui loue, dans l'intention de sous-louer, fait aussi bien un acte de commerce que celui qui achète pour revendre».

¹³³ Bastava ricordare, secondo J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 38, che il contratto di manifattura industriale non avrebbe costituito, «en règle générale, qu'un contrat ordinaire régi par les dispositions des art. 1779 et suivants du code civil».

¹³⁴ *Ibidem*.

acquisto, di vendita, di locazione, di trasporto, di commissione – senza che assumesse rilievo giuridico l'organizzazione d'impresa come bene unitario. In presenza di un'«entreprise de fourniture», ad esempio, il diritto commerciale avrebbe disciplinato «le traité entre l'entrepreneur et celui auquel la fourniture doit être faite, qui constitue par lui-même un acte de commerce» e «les achats particuliers que l'entrepreneur est obligé de faire pour exécuter les fournitures, et qui constituent aussi, de sa part, des actes de commerce, puisqu'il achète pour revendre»¹³⁵. In presenza di un'«entreprise de spectacles publics» sarebbero state «actes de commerce» le «opérations nombreuses, auxquelles il convenait de procurer les garanties qu'assure la législation commerciale», ovvero, come avrebbe interpretato Boistel, gli «achats» e le «locations pour sous-louer»¹³⁶. Sarebbero stati inoltre «actes de commerce», se e in quanto parti di una serie («entreprise de commission»), i singoli contratti di commissione, vale a dire i contratti aventi «pour objet une opération à faire pour le compte d'autrui», mentre non lo sarebbero stati «les faits isolés de commission qui ne se rattachent pas à une entreprise», né «un fait isolé de transport», che sarebbe rimasto sotto la disciplina delle disposizioni «du droit civil relatives au louage»¹³⁷.

Quanto all'«entreprise de manufacture», che consisteva in «toute spéculation qui a pour objet de mettre en oeuvre des matières brutes, et de leur faire subir une transformation quelconque», Molinier cercava di forzare le maglie del sistema, non limitando l'applicazione del diritto commerciale alle sole rivendite a seguito di trasformazione, ma riportando sul terreno della commercialità, grazie al solito criterio dell'accessorietà, tutte le operazioni, gli atti e i negozi che fossero in qualche modo collegati all'esercizio dell'attività economica industriale¹³⁸. Già l'acquisto degli edifici destinati ad ospitare una fabbrica, sotto questa luce, rappresentava un'operazione economica

¹³⁵ J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 34. «L'opération est avant tout, pour l'entrepreneur» – annotava A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 28 – «une série d'achats ou locations pour revendre ou relouer».

¹³⁶ Rispettivamente J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 49, e A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 31.

¹³⁷ J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, pp. 46-47. Anche A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., pp. 30-31, ribadiva che un «acte isolé de commission ne serait pas commercial», così come «un acte isolé de transport ne serait pas commercial, quand même il serait salarié».

¹³⁸ J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 39. Era lo stesso approccio che nella voce *Acte de commerce*, in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., pp. 421-422, nn. 151-154,

funzionale all'esercizio di un'attività commerciale, il cui investimento, peraltro, l'industriale avrebbe cercato di recuperare tramite il prezzo delle merci, ma Molinier doveva arrendersi di fronte alla lettera del *Code*, che limitava il suo raggio d'applicazione ai soli atti aventi ad oggetto beni mobili¹³⁹. A diversa conclusione, però, si poteva giungere riguardo agli attrezzi e agli utensili, che costituivano a tutti gli effetti, vista la loro natura di beni mobili, l'oggetto di una compravendita commerciale¹⁴⁰. E così pure nel «delicato» caso di un acquisto complesso e generale, avente ad oggetto l'intero organismo manifatturiero, formato «in blocco» da fabbricati, macchinari, attrezzi, materie prime e avviamento: l'intera operazione, avendo gli immobili una posizione accessoria rispetto al «fonds industriel», avrebbe dovuto considerarsi, conformemente alla regola generale del «fonds de commerce», un unico ed inscindibile «atto di commercio»¹⁴¹. Fino ad ammettere, come

si suggeriva di adottare per tutte le «entreprises», proponendo di «considérer les mots *toute entreprise*, comme synonymes de *tout acte fait à raison de l'entreprise*», ad eccezione di quelli aventi ad oggetto gli immobili, così, in conclusione, da ritenere «comme actes de commerce tous les engagements pour les besoins d'une entreprise commerciale, à l'exception de ceux ayant pour objet des immeubles».

¹³⁹ «Nous venons de voir» – argomentava J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, pp. 39-40 – «que le manufacturier spéculé à la fois sur le louage du travail des ouvriers qu'il emploie et sur les capitaux servant à l'acquisition et à l'entretien des machines qu'il achète. On peut, d'après cela, se demander si l'achat des bâtimens dans lesquels il établit ses ateliers constitue de sa part un acte de commerce. Sans doute, le manufacturier doit retrouver dans la vente de ses produits le capital qu'il a employé à l'acquisition de ses bâtimens, qui se détériorent et qui n'ont plus la même valeur après un certain nombre d'années. Mais nous avons vu que l'achat d'un immeuble ne constitue jamais un acte de commerce, lors même que cet achat a pour cause une spéculation sur la revente ou sur le louage. Nous devons donc en conclure que l'acte de vente d'un immeuble destiné à un établissement industriel reste régi, soit à l'égard du vendeur, soit à l'égard de l'acquéreur manufacturier, par les seules règles du droit civil».

¹⁴⁰ «Il doit en être autrement par rapport aux outils, instrumens et machines destinés à l'exploitation d'une manufacture. Ces objets» – spiegava J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 40 – «sont meubles, au moins au moment de la vente, et constituent de véritables marchandises dont l'achat offre tous les caractères d'un acte de commerce de la part du manufacturier qui en fait payer l'usage à ceux qui lui achètent».

¹⁴¹ «La question devient beaucoup plus délicate» – era la considerazione di J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, cit., tome I, p. 40 – «s'il s'agit de l'achat d'une manufacture comprenant en bloc bâtimens, machines, outils, matières premières, dettes actives et autres objets se rattachant à son exploitation. Dans ce cas, l'acheteur qui va continuer la fabrication et qui se substitue au vendeur, fait un traité qui a évidemment pour objet une entreprise de manufacture. Si la vente du tout, même de l'achalandage, a été faite par un seul acte et moyennant un prix unique, il sera difficile de scinder ce traité. Si les circonstances démontrent que les immeubles par leur nature n'ont été envisagés que comme des instrumens d'exploitation accessoires du fonds industriel, il sera convenable de qualifier l'achat d'après la nature du principal et de le considérer comme constituant pour le tout un acte de commerce».

avrebbe sostenuto Boistel richiamando alcune pronunce della Cassazione, che potesse avere natura commerciale anche l'acquisto di terreni finalizzato alla costruzione e alla vendita di edifici, laddove «l'achat et la revente des immeubles ne seront que l'accessoire»¹⁴².

La via per ossigenare l'asfittico sistema degli atti di commercio era dunque tracciata, inaspettatamente ampia per chi fosse stato disposto a combinare, reciprocamente integrandoli, l'elemento dell'intermediazione speculativa e il criterio dell'accessorietà. Riconosciuto il primato del binomio «achat»/«revente», infatti, Gabriel Massé (1807-1881) non solo manifestava l'esigenza di considerare «actes de commerce» quelle operazioni che, sebbene non consistenti in una compravendita in senso stretto, erano tuttavia ad essa direttamente o indirettamente ricollegabili (accessorietà), ma classificava anche gli atti di commercio in base all'oggetto della speculazione, in base, cioè, all'oggetto della compra e della successiva rivendita, così riconducendo alla categoria di «acte de commerce» anche l'operazione consistente nell'acquisto e nella successiva rivendita della mano d'opera¹⁴³.

In questo modo, oltre alle speculazioni basate sulla compra e sulla rivendita in senso stretto, proprie di quella che l'economia politica qualificava «industrie commerciale», avrebbero avuto natura commerciale anche tutti quegli «actes secondaires destinés à favoriser l'accomplissement de l'acte principal», come quelli dell'«industrie manufacturière», che realizzava la speculazione attraverso l'intermediazione nel lavoro, la compra e la rivendi-

¹⁴² A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 27. Fondamentale sotto questo profilo la sentenza del 3 febbraio 1869, con cui la Corte di Cassazione ritenne che fossero «actes de commerce» le «entreprises de travaux et fournitures» aventi «le but d'acheter des terrains, d'y élever des constructions et de les revendre», con la motivazione «que la spéculation sur les constructions a été l'objet principal de l'opération dont l'achat des terrains n'était que l'accessoire» (in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique*, cit., an. 1869, partie I, pp. 160-161).

¹⁴³ In quest'ottica, G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Guillaumin et C^{ie}, Paris 1861-1862², tome I, p. 14, n. 10, definiva il commercio «une spéculation où l'on achète afin de revendre, et où l'on vend ce qu'on a acheté pour le revendre. Mais il ne faut pas croire qu'il n'y ait de commerce que là où se manifeste, d'une manière positive, extérieure et en quelque sorte matérielle, soit la vente, soit l'achat, soit la revente d'une marchandise. Loin de là, les opérations commerciales embrassent une foule d'autres actes accessoires, qui, bien qu'ils ne présentent pas l'apparence d'une vente ou d'un achat, se résolvent cependant en une opération de cette nature, ou en sont tantôt les préliminaires, tantôt les conséquences. On donne le nom d'*actes de commerce* non-seulement aux spéculations de vente, d'achat ou de revente, mais aussi aux opérations accessoires qui s'y rattachent d'une manière plus ou moins directe».

ta della mano d'opera¹⁴⁴. L'industria manifatturiera prendeva «les produits entre les mains du producteur, pour leur faire subir une transformation quelconque par des procédés chimiques ou mécaniques et les approprier ainsi à l'usage du consommateur»¹⁴⁵. Il manifatturiere, di conseguenza, «comme le commerçant proprement dit», comprava «pour les revendre les produits sur lesquels s'exerce son industrie», servendosi di comprare, rivendite, atti e contratti, perfezionati, «dans l'industrie manufacturière comme dans l'industrie commerciale, en vue d'un bénéfice à réaliser»¹⁴⁶. La differenza tra commerciante e industriale, considerando che «le travail peut être vendu comme une chose matérielle, d'où il résulte qu'applique à une entreprise de manufacture, il peut faire l'objet d'un commerce», si risolveva nel tipo di “bene” sul quale speculare¹⁴⁷.

Perciò – era l'importante risultato pratico di una teoria in grado di fondere il criterio dell'accessorietà e il principio dell'intermediazione speculante – vi sarebbe stato «acte de commerce» anche quando il manifatturiere non avesse comprato a monte materie prime, perché avrebbe comunque fatto commercio, comprato e rivenduto la mano d'opera¹⁴⁸. Perciò, ancora, sarebbero stati da

¹⁴⁴ *Ivi*, pp. 16-17, nn. 11-12. La speculazione era «sur le loyer de ses machines et du travail de ses ouvriers» (A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 29).

¹⁴⁵ G. MASSÉ, *Le droit commercial*, cit., tome I, p. 19, n. 18.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*. L'imprenditore, come rilevato da F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, cit., pp. 2-3, si differenziava «dal comune commerciante solo per lo specifico oggetto del suo commercio», di modo che l'impresa entrava «nel mondo delle categorie giuridiche come categoria dello scambio», per «designare – secondo una formula che diventa corrente nella dottrina giuridica del secolo scorso – l'attività di intermediazione o di speculazione *sul lavoro*».

¹⁴⁸ «On doit de plus considérer comme constituant un acte commercial» – osservava G. MASSÉ, *Le droit commercial*, cit., tome I, p. 22, n. 20 – «l'industrie de celui qui ferait travailler par des ouvriers à ses gages, des matières qui lui ont été fournies et qu'il n'a pas achetées. C'est là une véritable entreprise de manufactures, une spéculation qui a pour objet le bénéfice dont l'entrepreneur tenterait la réalisation sur les prix de main-d'oeuvre: il achèterait le travail de ses ouvriers pour le revendre». Con la conseguenza, in conclusione, che «les opérations de l'industrie manufacturière doivent donc, en général, aussi bien que celles de l'industrie commerciale, être rangées au nombre des faits commerciaux» (*ivi*, p. 22, n. 21). Non erano atti di commercio, invece, quelli delle industrie agricole, nelle quali l'agricoltore trasformava beni raccolti direttamente dal fondo, non tanto per una scelta di politica legislativa, ma perché mancava a monte un qualsivoglia atto di acquisto, anche nel caso in cui fossero state acquistate le sementi, dal momento che «dans cette hypothèse, lorsqu'il vend le produit, ce n'est pas à proprement parler la semence qu'il revende, c'est plutôt le produit de la terre; et si la valeur représentative de la semence figure dans la valeur totale du produit, la spéculation et le bénéfice ne portent pas sur cette valeur représentative, mais sur celle du produit que la nature est venue y ajouter, parce que l'agriculteur n'a pas acheté la semence comme chose qu'il pourrait revendre plus tard, mais comme moyen de se procurer un produit naturel» (*ivi*, p. 24, n. 21).

considerare «de commerce» tutti gli atti di un'«entreprise de transport», non solo perché contribuivano, nel caso delle merci, alla speculazione del commerciante, facilitando «la revente à un prix plus élevé que l'achat», ma anche perché più in generale determinavano «une spéculation commerciale, puisque le propriétaire des moyens de transport, après avoir acheté les objets nécessaires pour l'effectuer, spécule sur leur location, de laquelle il attend un profit»¹⁴⁹. Perciò, infine, come si spingeva a sostenere quasi ereticamente Bravard-Veyrières (1803-1861)¹⁵⁰, sarebbe stato «acte de commerce» non solo «tout acte qui se rattache comme accessoire à une entreprise de manufacture»¹⁵¹, non solo l'acquisto di un «fonds de commerce» in virtù della posizione accessoria che l'acquisto della clientela, degli immobili e del diritto alla cessione avevano rispetto a quello delle merci¹⁵², ma perfino, nonostan-

¹⁴⁹ G. MASSÉ, *Le droit commercial*, cit., tome I, p. 17, n. 13. Si veda già la sentenza della Corte di Aix del 6 agosto 1829, in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., tome XXIX.II, pp. 312-313, che considerava «commerciale» l'acquisto, da parte di un «voiturier», di una «charrette» e di «deux mulets» allo scopo di esercitare il «commerce» mediante il trasporto di beni.

¹⁵⁰ Figlio di Claude Bravard e di Jeanne Veyrières, Pierre-Claude-Jean-Baptiste Bravard-Veyrières nacque ad Arlanc il 3 febbraio del 1804. Membro di una famiglia benestante, si laureò in giurisprudenza nel 1824, divenne avvocato presso la Corte di Parigi e ottenne nel 1830 dalla Facoltà giuridica parigina la supplenza per l'insegnamento di *Code de commerce* (lasciato vacante da Pardessus), prima di assumerne nel 1832 la titolarità a seguito di un concorso. Sposato dal 1840 con Flore de Stockhem, fu eletto nel 1848 all'assemblea costituente e nel 1849 all'assemblea legislativa, dove sostenne posizioni conservatrici, prima di abbandonare la politica a seguito del colpo di Stato di Luigi Napoleone Bonaparte. Collaborò alla *Recueil* di Sirey. Morì a Parigi il 3 marzo del 1861. Fra le sue opere, oltre quella più avanti citata, *Leçon sur l'amortissement* (Paris 1833), *Examen du titre des faillites du Code de commerce* (Paris 1838), *Manuel de droit commercial* (Paris 1838, con sette edizioni fino al 1868), *Notions préliminaires à l'explication du droit commercial maritime* (Paris 1838), *Explication analytique et synthétique des lois nouvelles sur les commandites par actions* (Paris 1857).

¹⁵¹ P.-C. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial. Cours professé à la Faculté de droit de Paris*, publié, annoté et complété par C. Demangeat, Marescq Ainé, Paris 1862-1866, tome VI (1865), p. 345.

¹⁵² Fermo restando il caso in cui – argomentava P.-C. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, cit., p. 330 – «l'acheteur se propose, non pas d'exploiter lui-même le fonds, mais de le revendre avec bénéfique», considerato pacificamente un «acte de commerce», nessun dubbio, sebbene «la jurisprudence nous fournit de nombreux monuments qui se contredisent les uns les autres», avrebbe dovuto esserci neanche nell'«hypothèse où l'acheteur se propose de garder le fonds pour l'exploiter», perché l'acquirente avrebbe comprato «une sorte de meuble incorporel» allo scopo di «faire le commerce», di «spéculer», perfezionando, insieme alla compra delle «marchandises qui se trouvent en magasin», anche «l'achat de l'achalandage et l'achat du droit au bail», che altro non erano che «des accessoires de l'achat du fonds», «des actes sans lesquels l'acheteur ne pourrait pas faire le commerce qu'il a en vue», tali da prendere «le caractère de l'opération à laquelle ils accèdent», con la conseguenza che «l'opération tout entière constitue de la part de l'acheteur un acte de commerce».

te la lettera dell'art. 632 n. 1 e l'avverso orientamento della giurisprudenza, l'acquisto di beni immobili allo scopo di rivenderli, in ragione del fatto che anche un immobile, al pari di una cosa mobile, avrebbe potuto costituire «un objet de trafic et de spéculation», una vera e propria «marchandise», come dimostrava del resto l'ormai generale opinione secondo la quale colui che acquistava dal proprietario «le droit de démolir la maison pour vendre les matériaux» faceva «un acte de commerce», un atto d'intermediazione speculativa, comprando in realtà «des objets mobiliers» allo scopo di «les revendre»¹⁵³.

8. Voci francesi di fine del secolo. Continuità, perplessità, novità

Ancora nel 1884, Lyon-Caen e Renault sottolineavano la peculiarità semantica del lemma «commerce», il cui significato occorreva tener distinto da quello proprio del linguaggio economico, da quella «branche de l'industrie», l'«industrie commerciale» appunto, che Jean Baptiste Say aveva immaginato al fianco della «industrie agricole» e della «industrie manufac-

¹⁵³ Pur consapevole che «jusqu'à présent ni les auteurs ni la jurisprudence n'ont voulu l'admettre», P.-C. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, cit., pp. 323-328, affermava senza mezzi termini di non vedere «aucune bonne raison pour proclamer l'impossibilité absolue que l'achat d'un immeuble constitue un acte de commerce». L'unico criterio logico di differenziazione tra la compra civile e quella commerciale, infatti, stava nell'intenzione del compratore, che nel primo caso era quella di «consommer la chose», mentre nel secondo caso era quella «non pas de profiter de la chose elle-même et de ses qualités propres, mais de spéculer sur l'envie ou sur le besoin que des tiers pourront avoir d'en profiter». In questo senso, pertanto, anche un immobile, al pari di una cosa mobile, avrebbe potuto costituire «un objet de trafic et de spéculation», una vera e propria «marchandise». Con la conseguenza, stando così le cose, che non si poteva non «reconnaître que l'achat d'un immeuble, comme l'achat de choses mobilières», avrebbe potuto rappresentare, a seconda dei casi, «soit un acte purement civil, soit un acte de commerce». C'erano tutte le condizioni per ammettere, sol che ci si fosse distaccati dal tenore letterale della legge, la natura commerciale delle comprate di immobili effettuate a scopo di intermediazione speculativa, ma se «la jurisprudence n'ose pas le faire» – era la conclusione di Bravard – «il serait utile et conforme aux véritables principes que le législateur vînt proclamer la possibilité pour les immeubles d'être considérés comme objets de spéculations proprement dites et par conséquent d'actes de commerce». Sullo scetticismo della giurisprudenza cfr. J.-A. ROGRON, *Code de commerce expliqué*, cit., pp. 1353-1354, ma si veda la sentenza del 24 maggio 1849, con la quale la Corte di Parigi affermava che «acheter ainsi des immeubles dans l'unique but de les revendre avec bénéfice, c'est faire des actes de commerce», dal momento «que, si les art. 632 et 633 c. com. ne rangent pas les immeubles dans la nomenclature des objets sur lesquels peuvent porter les transactions commerciales, ces dispositions sont purement énonciatives, et non limitatives» (in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique*, cit., an. 1850, partie II, p. 11).

turière»¹⁵⁴. «Commerce», in senso giuridico, aveva infatti un significato più ampio, comprensivo anche dell'industria manifatturiera, tale, però, da implicare sempre e comunque, direttamente o indirettamente, operazioni consistenti in «échanges lato sensu», talché, e di conseguenza, per «droit commercial» avrebbe dovuto intendersi «l'ensemble des principes qui régissent et les diverses opérations dont nous venons de parler et les personnes qui ont l'habitude de s'y livrer»¹⁵⁵.

Ancor più di prima, dunque, emergeva la nozione di un «droit commercial» imperniato sullo scambio che un individuo, il commerciante-proprietario, realizzava a fini speculativi, nel commercio e nell'industria, mediante singoli ed isolati «actes de commerce». Il *Code de commerce* si confermava la sede naturale di un diritto semplice, nei suoi riferimenti soggettivi, gli individui, e nei suoi riferimenti oggettivi, i singoli negozi di scambio, un diritto contenente la disciplina giuridica di specifiche persone, «les commerçants», e di specifici negozi, «les actes de commerce», gli uni agli altri legati da un gioco ad incastro nel quale gli «actes de commerce», funzionali ed essenziali alla stessa identificazione dei «commerçants», si confermavano il perno del sistema¹⁵⁶: per sapere «si un individu est commerçant», in altri termini, occorreva preliminarmente stabilire se «les actes auxquels il se livre» fossero «actes de commerce», sicché avrebbe avuto poco senso occuparsi della nozione di «commerçant», cioè di colui che compiva abitualmente «actes de commerce», senza aver prima acquisito di questi ultimi una sicura definizione¹⁵⁷. Da qui la scelta, anche da parte di Lyon-Caen e Renault, di “tradire” l'ordine seguito dal *Code*, quella «manière de procéder, très-defectueuse en elle-même», che aveva indotto il legislatore napoleonico ad occu-

¹⁵⁴ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial comprenant le commentaire du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent*, Cotillon, Pichon, Paris 1884, tome I, p. 1. Il riferimento era a J.-B. SAY, *Cours complet*, cit., tome I, ch. VII, pp. 103-107.

¹⁵⁵ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, pp. 2-3.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 33.

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 72. Ma ancora prima, a p. 34, ed in maniera ancor più esplicita: «puisque, d'après l'art. 1, le commerçant est celui qui fait habituellement des actes de commerce, il faut rechercher quels sont les actes de commerce avant de s'occuper du commerçant». Ancora nel 1894, con sentenza del 10 gennaio, la Corte di Cassazione ribadiva che la presunzione di commercialità degli atti compiuti dal commerciante non era assoluta, potendo sempre egli dimostrare trattarsi di «engagements purements civils», che «ne se rattachaient pas effectivement à son commerce» (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., an. 1898, partie I, pp. 506-508).

parsi degli «actes de commerce» solo alla fine, «incidemment, à propos de la compétence des tribunaux de commerce», quando era evidente che la loro trattazione rappresentava il presupposto logico e sistematico di ogni altro argomento¹⁵⁸. L'esame degli «actes de commerce» non poteva che stare al principio di ogni ricostruzione, quale vertice e fulcro dell'intero sistema, perché la loro individuazione risultava essenziale per l'applicazione del «droit commercial», la loro concreta esistenza necessaria per l'attribuzione di qualità («commerçant») e per l'identificazione di fattispecie («entreprise»), la loro esemplificazione determinante per la risoluzione dei casi dubbi¹⁵⁹.

Eppure non c'era una regola, un criterio legislativo «pour savoir si un acte est ou non commercial»; solo un'enumerazione di atti, operazioni, imprese, dalla quale poter trarre indicazioni utili per stabilire di volta in volta la natura di un atto e da qui la qualità di un individuo: la «spéculation» e l'«entreprise» erano indizi importanti, ma non bastavano a fornire «une formule embrassant tous les cas prévus par la loi»; l'unico riferimento, alla fine, restava l'enumerazione predisposta dal legislatore per il tramite di un criterio analitico con cui una serie di atti era stata sottratta «au droit commun pour des raisons d'utilité pratique»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, p. 33. E sul rapporto tra piano processuale e piano sostanziale: «pourrait faire croire, d'une part, que ce n'est qu'au point de vue de la compétence qu'il importe de savoir si un acte est commercial ou civil, d'autre part, que les tribunaux de commerce ne connaissent que d'actes commerciaux, ce qui serait une double erreur. Si la commercialité d'un acte soumet à la juridiction consulaire les contestations qu'il soulève, elle produit aussi d'autres conséquences non moins graves, de sort qu'on peut justement blâmer le législateur d'en avoir parlé à propos d'un point spécial et non d'une manière générale. En outre, la commercialité entraîne bien la compétence consulaire; mais celle-ci ne suppose pas nécessairement la première. Pour des raisons particulières que nous aurons à indiquer, le tribunal de commerce est quelquefois compétent à raison d'actes non commerciaux (art. 634 et suiv.); les deux idées ne doivent donc pas être confondues» (*ivi*, pp. 33-34).

¹⁵⁹ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, pp. 35-37, individuavano almeno otto ragioni «de l'utilité de la détermination des actes de commerce», tra le quali, appunto e ovviamente, «l'attribution de la qualité de commerçant»: le altre erano «la juridiction», «la preuve», «l'application des usages commerciaux», «les règles du gage», «la fixation de taux de l'intérêt», «la détermination du faux en écriture de commerce ou de banque», «au point de vue fiscal pour l'application de l'art. 22 de la loi de finances des 11-17 juin 1859». Come nella seconda edizione del suo trattato scriveva E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion de droit maritime*, Rousseau, Paris 1900², n. 60, p. 54, «la commercialité part de l'acte, frappe la personne; puis, en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les actes afin d'en saisir un plus grand nombre».

¹⁶⁰ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, pp. 38-39.

Bastavano queste poche indicazioni, da un lato, per ribadire la nozione giuridica di «enterprise» come pluralità di atti di commercio e segnatamente di atti di scambio aventi finalità speculative¹⁶¹, dall'altro per rinnovare la proposta, fondata su criteri di accessorietà, di riportare sul terreno della commercialità tutti gli atti che, sebbene non commerciali in senso stretto, fossero comunque connessi all'«enterprise». «Entreprise», come pluralità di «actes de commerce», e «commerçant», come individuo che esercitava abitualmente «actes de commerce», diventavano così veri e propri centri di catalizzazione di commercialità, con la conseguenza di irradiare la loro qualità – e dunque di trasmettere uno statuto giuridico commercialistico, sia sostanziale che processuale – a tutti gli atti che in qualche modo attorno ad essi gravitassero: la prima perché i vari atti di gestione e di esercizio si sarebbero ragionevolmente dovuti supporre connessi, funzionali o strumentali agli atti di commercio principali («le caractère commercial est imprimé et au contrat principal et aux diverses opérations qui s'y rattachent»)¹⁶²; il secondo perché «quand un individu est commerçant, la plupart de ses actes se rapportent à son commerce, et toutes les fois que la nature civile de l'acte ne ressort pas des circonstances, il est bien raisonnable de supposer que celui qui l'a fait a agi en qualité de commerçant»¹⁶³.

La «*théorie de l'accessoire*», così, consentiva anche a Lyon-Caen e Renault di allargare l'orizzonte, di adottare una prospettiva quasi sistemati-

¹⁶¹ Stavano infatti insieme, negli artt. 632 e 633, l'«achat pour revendre», che costituiva «le fait commercial le plus important et le plus usuel», e le varie «entreprises» («de manufactures, de transports, de fournitures, etc.»), che consistevano «non d'un fait isolé de fabrication, etc., mais de l'exercice d'une profession ou au moins d'une série de faits d'une certaine importance». Erano pertanto «actes de commerce» quelli di una «entreprise de fournitures», in quanto vendite volte a «spéculer sur la différence entre le prix de l'achat et le prix de la revente», con la particolarità che in questo caso il commerciante prometteva di fornire ciò che non aveva ancora comprato; erano «actes de commerce», in realtà vere e proprie compre per rivendere riconducibili «littéralement dans le premier alinéa de l'article 632», quelli del manifatturiere che «achète les matières brutes qu'il revend après les avoir travaillées» e che compra figurativamente «les services de ses ouvriers pour les revendre et ses machines pour en louer l'usage»; erano «actes de commerce» quelli della «entreprise de transport», purché non si esaurissero in un «fait isolé de transport», così come lo erano quelli della «entreprise d'agences, bureaux d'affaires», purché non fossero «actes isolés», ma parti di un'attività consistente in «une offre faite au public» (C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, pp. 39 e 51-56).

¹⁶² C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, p. 52.

¹⁶³ *Ivi*, p. 63. Con la solita precisazione che «la qualification de *commerçants*» convient ainsi à des individus placés dans des position très-diverses et désignés par des expressions variées: marchands en gros et en détail, manufacturiers ou industriels, commissionnaires, banquiers, agents d'affaires, entrepreneurs, armateurs, etc.» (*ivi*, p. 73).

ca, in forza della quale, ancora una volta, attrarre nell'orbita del diritto commerciale tanto l'acquisto e la vendita di un «fonds de commerce», quale insieme di «plusieurs choses, d'abord l'achalandage ou la clientèle, le droit au bail, puis une certaine quantité de marchandise», quanto gli atti di concorrenza sleale¹⁶⁴. Chi, invece, si fosse fermato al nudo dettato legislativo del *Code*, avrebbe escluso tali fatti dal novero degli «actes de commerce», obiettando, dinanzi alla vendita di un «fonds de commerce», che l'acquirente «n'est pas encore commerçant» e il venditore «ne l'est plus», e dinanzi ad una fattispecie di concorrenza sleale che la relativa obbligazione avesse la sua fonte nella legge (art. 1382 *Code civil*), mentre gli artt. 631 e 632 del *Code de commerce*, nel parlare rispettivamente di «engagements et transactions entre négociants» e di «toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers», si sarebbero riferiti solo alle obbligazioni contrattuali¹⁶⁵.

La dottrina francese, dunque, rafforzata dal processo di ripensamento critico che dalla fine del secolo avrebbe investito i cardini tecnici, filosofici ed epistemologici della codificazione napoleonica, cercava unità, sistematicità e scientificità, criteri generali in virtù dei quali stabilire con ragionevole certezza la “commercialità” di un atto¹⁶⁶. La «teoria dell'accessorio» consentiva di attrarre nell'orbita del diritto commerciale tutti gli atti e le operazioni che, posti in essere da un commerciante nell'esercizio del suo commercio, partecipassero in qualche modo della commercialità degli atti principali, ma essa presupponeva ancora, stante la decisiva prevalenza degli atti principali, una prima determinazione di commercialità in ragione dell'enumerazione legale. Invece era proprio l'enumerazione legale a tradire lacune e aporie, limiti e insufficienze; era il metodo analitico, la soluzione casistica a sollevare nella giurisprudenza e nella dottrina le maggiori perplessità.

¹⁶⁴ Con sentenza del 21 marzo 1892, emessa a conclusione di un giudizio intentato contro Georges Webb dal Comune di Evian per l'adempimento di obbligazioni derivanti dalla cessione di un complesso immobiliare comprendente uno stabilimento termale, un casino, un teatro e un ristorante, anche la Cassazione giungeva alla conclusione che «lors même qu'une convention n'a pas, par sa nature propre, le caractère commercial, il suffit qu'elle se rattache à l'exploitation d'un commerce et en soit l'accessoire ou le moyen pour qu'elle affecte le caractère commercial et que les contestations y relatives soient de la compétence du tribunal de commerce» (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., an. 1895, partie I, pp. 229-231). Con sentenza del 23 marzo 1891 la Corte di Cassazione avrebbe riconosciuto natura di «acte de commerce» all'acquisto di un «fonds de commerce», comprendente «avec la clientèle, l'achalandage et le matériel, la totalité des marchandises en magasin», e la «cession de bail qui en a été l'accessoire» (*ivi*, an. 1894, partie I, pp. 395-396).

¹⁶⁵ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Précis de droit commercial*, cit., tome I, pp. 65-67.

¹⁶⁶ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, Paris 1975.

Alla fine del secolo, nel 1895, quando il modello francese aveva ormai permeato il diritto dell'Europa industriale, Eugène Thaller (1851-1918)¹⁶⁷ avrebbe caparbiamente continuato a ragionare sulla natura degli atti di commercio, sui modi attraverso i quali attrarre le nuove fattispecie contrattuali nell'orbita del diritto commerciale, sul significato e sulle varianti dell'«entreprise», ma avrebbe in primo luogo realisticamente premesso, non senza una punta di amarezza, che in «verità» non c'era una definizione di atto di commercio, che il sistema era «complicato» e «aggrovigliato», che una sintesi della commercialità era forse impossibile da realizzare¹⁶⁸.

Si era voluto impiantare il «droit commercial» su un terreno friabile, su un elenco di atti privi di un collegamento logico, senza un metodo, più precisamente un metodo scientifico¹⁶⁹. Un'enumerazione mai avrebbe potuto essere esaustiva, mai avrebbe potuto «tout prévoir», tanto più immaginando il progressivo affermarsi di nuovi atti, negozi e contratti, per includere i quali sarebbe stato necessario, in omaggio al legalismo del tempo, emanare una legge integrativa; un'enumerazione mai avrebbe assunto carattere di scientificità, rappresentando anzi la manifestazione più tipica delle legislazioni che «ne sont pas encore parvenues à leur plein essor», a differenza di quelle compiute e mature, che fissavano regole generali, mettevano «une idée à la place d'une série de faits»; un'enumerazione avrebbe inevitabilmente generato conflitti tra le legislazioni nazionali, perché ciascuno Stato, a differenza di quanto sarebbe accaduto con l'adozione di una «formule générale», avrebbe nei propri codici proposto una lista di «actes de commerce» per forza di cosa diversa da quelle degli altri Stati¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Nato a Husseren-Wesserling l'11 giugno del 1851 e morto a Parigi il 20 marzo del 1918, Edmond-Eugène Thaller fu professore di diritto commerciale all'Università di Parigi e professore onorario all'Università di Lione. Tra le sue opere, a parte quelle già citate e ricordando che la prima edizione del suo celebre *Traité élémentaire de droit commercial* risale al 1898 (Paris), si segnalano gli studi monografici in tema di fallimento (*De la faillite des agents de change et de la liquidation de leurs charges*, Paris 1883, e *Des faillites en droit comparé*, Paris 1887), oltre agli articoli in tema di contratto estimatorio, società per azioni e diritto bancario, apparsi in prevalenza sul «Journal des sociétés civiles et commerciales», sulle «Annales de droit commercial français, étranger et international» e sulla «Revue politique et parlementaire».

¹⁶⁸ E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, in «Annales de droit commercial français, étranger et international», 9, 1895, II, pp. 177-203.

¹⁶⁹ «On convient indirectement que le droit commercial s'élève sur un terrain mouvant» – erano le parole di E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., p. 180 – «sans substruction rationnelle, car une énumération d'actes sans lien entre eux n'a jamais été la base d'une science. Voici les principales critiques que comporte cette méthode, pour ne pas dire cette absence visible de méthode».

¹⁷⁰ E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., p. 181.

In difetto di «un signe clair et net pour reconnaître les actes de commerce», toccava dunque agli interpreti cogliere «la synthèse de la commercialité» ed elaborare un criterio scientifico in virtù del quale orientarsi tra le pieghe del mercato, in maniera tale da identificare con un metro di coerenza e di uniformità i diversi «actes de commerce»¹⁷¹. La tesi, sostenuta da Boistel, Beslay e Alauzet, in base alla quale vi sarebbe stato atto di commercio ogni qual volta vi fosse stata «une *spéculation* exercée par un *intermédiaire*», era, a giudizio di Thaller, pregevole ma imprecisa, perché il primo elemento, la «*spéculation*», nel senso di «intention de lucre», non solo avrebbe potuto riscontrarsi anche in altre professioni, ma non sarebbe stato, soprattutto, sempre ed immediatamente riscontrabile in tutti gli atti compiuti da un commerciante¹⁷². Molto più sicuro, invece, appariva il secondo elemento, l'«intermediazione», perché «il y a incontestablement dans tout commerce un fait d'entremise», come insegnavano Goldschmidt in Germania e Manara in Italia, un'intromissione nella circolazione delle merci, che consisteva nell'acquisto e nella vendita, ma che avrebbe potuto manifestarsi, in uno stadio antecedente, anche nella semplice interposizione tra i lavoratori e i consumatori¹⁷³: il commercio era «la circulation des produits», riguardava i beni mobili in movimento, costituiva «la grande chaîne qui unit le producteur au consommateur», consisteva dunque nell'«ensemble des actes qui, depuis son lieu d'origine, font avancer le produit jusqu'à ce qu'il soit arrivé au consommateur»¹⁷⁴.

Grazie a questo criterio generale, sarebbe stato «de commerce» ogni e qualsiasi atto che fosse intervenuto nella grande catena del commercio, come l'«achat pour revendre ou pour louer l'usage», la commissione e il deposito nei magazzini generali, ma anche la manifattura, in quanto «le manufacturier qui achète le produit brut et le revend fabriqué participe à la chaîne du commerce»¹⁷⁵. E tuttavia, confermava Thaller, non tutti gli atti e i rapporti del manifatturiere sarebbero stati «de commerce», dovendo essi (anziché essere

¹⁷¹ *Ivi*, pp. 180-182.

¹⁷² *Ivi*, pp. 182-183.

¹⁷³ *Ivi*, p. 183. Il riferimento era in particolare a L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I, Enke, Stuttgart 1875, e a U. MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente Codice commerciale italiano*, Bocca, Torino 1887.

¹⁷⁴ E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., p. 183.

¹⁷⁵ *Ivi*, pp. 183-192.

considerati parti di un complesso unitario e trasversale, l'impresa in senso economico appunto) essere valutati in ragione della loro individualità, come atti isolati e plurimi. C'era un «certain nombre d'entreprises», in particolare, «qui ne peuvent rentrer sous le chef de manufacture au sens légal de ce terme», perché a rigore sprovviste del momento dell'intermediazione: la lavorazione di materie prime estratte dal suolo o raccolte in superficie da parte dello stesso proprietario delle miniere o dei terreni, i mulini, i torchi, le distillerie in proprio, ma anche le imprese di alti-forni e le raffinerie di barbabietole o di canne da zucchero, erano infatti, anche alla luce della giurisprudenza dominante, delle mere «exploitations civiles»¹⁷⁶. Come lo erano pure molte «entreprises de construction» e più in generale molte «entreprises immobilières»: se un «entrepreneur», infatti, avesse costruito un edificio o avesse contribuito a costruirlo, fornendo anche i materiali, allora, nel presupposto che tali materiali egli avrebbe dovuto comprare, i suoi atti sarebbero stati «actes de commerce», perché egli «a pris des matériaux circulants, les a ajustés, mis en place, fournis à un consommateur, au propriétaire du terrain pourvu ainsi d'un édifice, d'une maison»¹⁷⁷. Ma in ogni altro caso, potendo le parti anche convenire che fosse il proprietario del suolo a comprare «le bois ou la pierre», l'«entrepreneur» non avrebbe compiuto «actes de commerce», la «commercialité» sarebbe stata «absente de cette entreprise», con la conseguenza di non poter «distraire des tribunaux civils l'individu qui opère dans de telles conditions»¹⁷⁸.

Pur considerando i vari elementi coordinati dall'«entrepreneur» («ouvriers», «matières brutes», «machines», «capital fixe» e «capital circulant», «outillage», «établissement»), Thaller non dedicava un solo rigo ai loro nessi, all'organizzazione che tutti li teneva insieme, alle conseguenze e

¹⁷⁶ *Ivi*, pp. 194-195. Va però sottolineato che con sentenza del 27 gennaio 1893 la Corte di Tolosa, tenendo conto dell'«outillage employé» e dell'«importance de l'entreprise», aveva già ritenuto commerciale, ai fini dell'applicazione del fallimento, l'atto di colui che avesse operato sui beni tratti da propri fondi «une transformation plus profonde», facendo dell'argilla e della pietra a calce «des produits industriels nouveaux» (in J.-B. SIREY, *Recueil général*, cit., an. 1895, partie II, p. 140).

¹⁷⁷ E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., pp. 195-196. La Corte di Poitiers, con sentenza del 20 marzo 1895, in «Annales de droit commercial français, étranger et international», 9, 1895, I, p. 65, aveva ritenuto che «font un acte de commerce qui les rend justiciables des tribunaux consulaires, les associés qui s'engagent non seulement à construire les murs d'une église, mais encore à fournir les pierres devant entrer dans la construction, alors même que ces pierres proviendraient d'une carrière leur appartenant».

¹⁷⁸ E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., p. 196.

alle prospettive che l'esistenza di un complesso organizzato avrebbe determinato nel campo dei segni distintivi, delle invenzioni, della concorrenza sleale, del fallimento, dell'esecuzione forzata, rivolgendo ogni sforzo all'elaborazione di un criterio unitario in forza del quale verificare la "commercialità" dei singoli atti, conformemente all'idea di un diritto commerciale articolato in «actes» e «individus»¹⁷⁹.

Egli sembrava però già governare quel criterio della "forma commerciale", in realtà invocato in Francia fin dal primo Ottocento, che il legislatore francese aveva ufficialmente introdotto in materia societaria con la legge del 1° agosto 1893, dichiarando «commerciali» le società per azioni in ragione della loro forma, indipendentemente dall'oggetto, e così consentendo, tra le altre cose, di estendere la disciplina gius-commercialistica agli atti della gran parte delle società immobiliari e delle società di costruzioni¹⁸⁰. Dimostrava,

¹⁷⁹ Sia consentito rinviare, in ordine alle conseguenze che l'affermazione in campo giuridico della nozione economica d'impresa avrebbe avuto sui diversi istituti del diritto commerciale, a F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi*, cit., pp. 81-175; *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 161-204; *Diritto e invenzioni*, cit., pp. 69-138.

¹⁸⁰ L'art. 6 della legge del 1° agosto 1893 aggiungeva alla legge sulle società del 24 luglio 1867 l'art. 68, col quale si stabiliva che «quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce» (*Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, tome XLVII, Imprimerie Nationale, Paris 1894, p. 493). Analoga previsione sarebbe stata introdotta per le società a responsabilità limitata dalla legge del 7 marzo 1925, il cui art. 3 avrebbe disposto che «quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce». Prima della riforma del 1893 la questione della natura commerciale, necessaria o no, delle società per azioni era stata molto dibattuta, con un indirizzo giurisprudenziale maggioritario che riteneva che «les sociétés civiles peuvent emprunter la forme des sociétés régies par le code de commerce, telles que la participation, la commandite ou l'anonymat, sans devenir pour cela des sociétés commerciales» (Corte di Parigi, 17 agosto 1868, in D. DALLOZ e A. DALLOZ, *Recueil périodique*, cit., an. 1868, partie II, p. 192, ma anche in *Journal du Palais*, cit., 1868, pp. 1223-1231, insieme alle già viste sentenze del 15 febbraio e del 29 agosto 1868 di eguale orientamento). Il criterio della forma commerciale era espressamente richiamato in materia di società immobiliari e di società di costruzioni da E. THALLER, *Courte étude sur les actes de commerce*, cit., pp. 189-191 e 197. Già molto tempo prima, nel 1821, era stato É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, cit., tome I, pp. 349-356, a ipotizzare in qualche modo un nesso tra la forma societaria «anonyme» e la commercialità di un'«entreprise». Soprattutto, però, era stato JEAN-BAPTISTE-CÉSAR COIN DELISLE (1789-1865), *Commentaire analytique du Code civil. Livre III, titre XVI et Loi du 17 avril 1832. Contrainte par corps*, Le Normant, Paris 1843, p. 83, n. 11, a precorrere i tempi, ipotizzando che il legislatore avesse scelto di enumerare determinate «entreprises» in quanto giudicate «assez importantes, soit par leur étendue, soit par le nombre de bras qu'elles occupent, soit par la quantité de personnes intéressées à leur succès, pour leur imposer des règles plus étroites qu'au simple commerce de marchandise, et pour vouloir, non qu'elles rendissent justiciable le simple particulier qui ferait de telles entreprises, ce qui eût été inutile

infine, di ben conoscere quella giurisprudenza che attraverso la «teoria dell'accessorio» aveva progressivamente esteso la sfera del diritto commerciale fino ad attrarre nella giurisdizione dei tribunali di commercio anche le controversie originate da fatti illeciti: i tribunali e le corti di Francia avevano col tempo evidenziato come l'art. 631, che sanciva la commercialità degli atti intercorrenti fra commercianti, considerasse commerciali non solo le «*transactions*», ma anche gli «*engagements qui ont un caractère commercial, et la généralité de ses termes le rend applicable aussi bien aux engagements résultant d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit qu'à ceux qui naissent d'un contrat, à la condition toutefois qu'ils procèdent de faits ayant pris leur source dans des actes que la loi répute commerciaux*»¹⁸¹. Sulla base di quest'interpretazione estensiva, che includeva nella disciplina dell'art. 631 anche i fatti illeciti e che per ravvisare la “commercialità” di un atto o di un fatto richiedeva, anche quando una delle parti non fosse stata commerciante, la sola condizione di un collegamento con un atto di commercio (accessorietà), venivano finalmente attratte nella giurisdizione commerciale materie costitutive dell'economia industriale, come gli atti di concorrenza sleale, l'usurpazione del nome commerciale e gli incidenti sul lavoro¹⁸².

puisqu'il devient pleinement commerçant, mais qu'elles eussent pour effet de soumettre à la juridiction commerciale l'entrepreneur qui aurait contracté des engagements relatifs à son entreprise avec toutes personnes, même avec les non-commerçants».

¹⁸¹ Come E. THALLER, *Actes de commerce. Commerçants*, in «*Annales de droit commercial*», 11, 1897, pp. 1-3, ricostruiva nella rassegna giurisprudenziale. Prima di lui J.-A. ROGRON, *Code de commerce expliqué*, cit., pp. 1324-1326.

¹⁸² Si veda in questo senso già A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., pp. 36-37.

PARTE SECONDA

L'HANDELSGESETZBUCH (1897) E
LA COSTRUZIONE SCIENTIFICA
DELL'«UNTERNEHMEN»

1. Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB

Nel 1897, ormai unita sul piano politico e compiutamente industrializzata sul piano economico, la Germania imperiale approdava ad una nuova codificazione di diritto commerciale, che incrinava gli equilibri della tradizione giuridica napoleonica¹⁸³. La principale novità, secondo Gierke (1841-1921), consisteva nel superamento del «sistema misto», oggettivo e soggettivo, caratteristico del Codice fino ad allora vigente, e nel passaggio «ad un sistema soggettivo puro»: il nuovo diritto commerciale, in altri termini, «avrebbe dovuto essere il diritto speciale dei commercianti»¹⁸⁴.

¹⁸³ Sulla storia e sul processo di formazione dell'HGB, da ultimo, W. SCHUBERT, *Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, herausgegeben von W. Schubert, B. Schmiedel, C. Krampe, Band I, *Gesetze und Entwürfe*, Klostermann, Frankfurt am Main 1986, pp. 1-30; alle pp. 717-833 può leggersi il testo del Codice nella sua versione originale. Sull'HGB cfr. anche C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, *Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, Beck, München 1986, pp. 2959-2966. Si vedano anche, per poter consultare il testo con pedissequo commento, K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2 Bände, Heymanns, Berlin 1901-1902, ma anche F. LITTHAUER und A. MOSSE, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht)*, Guttentag, Berlin 1915¹⁵. Per una versione meno risalente, con un commento sintetico articolo per articolo, si veda A. BAUMBACH und K. DUDEN, *Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht*, Beck, München und Berlin 1962¹⁵, con edizioni fino al 1995. La versione italiana del testo legislativo può leggersi in *Codice di commercio dell'Impero germanico*, trad. di L. Eusebio, Ute, Torino 1897. Sulla tendenza all'associazionismo e allo sviluppo di formazioni sociali nella società capitalistica del secondo Ottocento si veda, anche per l'ottimo panorama bibliografico, L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne. 1850-1890*, Oldenbourg, München 1997³, pp. 81-91 e 111-134, oltre alla concreta descrizione, già gremita di «Gruppen», «Familien», «Unternehmen», «Betriebe», «Arbeiterassoziationen», «Kapitalassoziationen», «Genossenschaften», di H. SCHULZE-DELITZSCH, *Die arbeitenden Klassen und das Assoziationswesen in Deutschland als Programm zu einem deutschen Kongreß*, Leipzig 1858, in *Der europäische Liberalismus im 19. Jahrhundert. Texte zu seiner Entwicklung*, herausgegeben von L. Gall und R. Koch, Band IV, Ullstein, Frankfurt am Main-Berlin-Wien 1981, pp. 163-202.

¹⁸⁴ O. GIERKE, *Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches*, in «Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht», 45, 1896, p. 449: «die wichtigste grundsätzliche Abweichung vom Handelsgesetzbuche, die der Entwurf vorschlägt, besteht in einer veränderten Abgrenzung des Lebensbereiches, für den Handelsrecht gelten soll. Der Entwurf will das gemischte System des Handelsgesetzbuchs, das seine Herrschaftssphäre theils nach subjectiven und theils nach objectiven Gesichtspunkten absteckt, verlassen und zu dem rein subjectiven System zurückkehren. Das künftige Handelsrecht soll ein Sonderrecht der Kaufleute sein».

L'HGB, in effetti, si affrancava dalla categoria degli atti di commercio oggettivi o assoluti («objektiven» o «absoluten Handelsgeschäfte»), “commercianti” a prescindere dalla qualità dei contraenti, con la conseguenza immediata di spostare il baricentro della disciplina legislativa dagli atti di commercio al commerciante, da un riferimento oggettivo (gli «Handelsgeschäfte») ad un referente soggettivo (il «Kaufmann»)¹⁸⁵; ma con il risultato, soprattutto, di stimolare in qualche misura la riflessione sullo statuto organizzativo del soggetto, sul modo e la forma con i quali il «Kaufmann» quegli «Handelsgeschäfte» avrebbe posto in essere: la commercialità di un atto non dipendeva più dalle sue caratteristiche intrinseche, ma dalla sua riconducibilità all'organizzazione complessiva di un soggetto qualificabile come “commerciale”¹⁸⁶.

Le indicazioni più importanti, in questo senso, discendevano dai §§. 1-4, per mezzo dei quali, alla fine, prendeva forma un sistema nuovo, non più chiuso nell'asfittica cerchia di una lista predeterminata di negozi, ma aperto alle più diverse manifestazioni della realtà economica. Il legislatore, infatti, come dichiarava in sede di lavori preparatori, non riteneva più sufficiente, di fronte ad uno sviluppo sempre più ricco e imprevedibile del mondo degli affari, una semplice enumerazione di atti, come quella proposta dal *Code de commerce*, dall'ADHGB e dalla maggior parte dei codici di commercio europei; rilevava, piuttosto, che l'attività commerciale si era andata connotando nel tempo più per le sue forme, le sue dimensioni, la sua spiccata vocazione ad intrecciare insieme atti diversi, che non per le specifiche caratteristiche dei singoli negozi¹⁸⁷. Lo sviluppo capitalistico, in particolare, aveva

¹⁸⁵ «Das Handelsrecht» – come osservato da C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, cit., p. 2963 – «ist wieder ein Sonderrecht für Kaufleute geworden». Cfr. anche S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., in particolare pp. 37-40, e B. SCHMIEDEL, *Zur Entstehung des Ersten Buches: Handelsstand*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., pp. 31-50.

¹⁸⁶ Cfr. M. SCHMOECKEL, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Mohr, Tübingen 2008, pp. 108 ss., ma in particolare pp. 116-118.

¹⁸⁷ «Die Aufzählung dieser sogenannten Grundhandelsgeschäfte» – si legge nella relazione illustrativa all'HGB, pubblicata in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., Band II.I, *Denkschriften, Beratungen, Berichte*, 1987, p. 5 – «leidet, wie jede derartige Kasuistik, an einer gewissen Willkürlichkeit; mit dem praktischen Bedürfnis und den Anschauungen des Verkehrs steht sie nicht überall mehr im Einklang. Der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften beruht weniger auf einer besonderen Eigenthümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammensetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwicklung erfordern

seguito dinamiche di gran lunga più complesse, innovative e articolate del commercio in senso economico, dello scambio in senso stretto, accentuando in special modo il momento della produzione industriale e generando strutture economico-giuridiche caratterizzate dalla multifunzionalità degli atti, dalla complessità della macchina organizzativa, dalla latitudine dell'attività commerciale¹⁸⁸; con la conseguenza che il criterio di applicazione del diritto commerciale avrebbe dovuto determinarsi in base all'esistenza o no di un'organizzazione imprenditoriale, senza limitazioni derivanti dalla natura degli atti o dal tipo di merci, in maniera tale da attrarre tutte le attività esercitate «in forma commerciale e in grandi dimensioni», così da ricomprendere pure quelle, fino a quel momento ancora anacronisticamente escluse, che si fondavano sulla lavorazione di materie prime (stabilimenti ittici, fabbriche di porcellana, industrie estrattive, fabbriche di laterizi) o che consistevano nella stipula di contratti aventi ad oggetto beni immobili¹⁸⁹. Non era più pensabile, in altri termini e nonostante l'opposto avviso di Gierke, che tramite disposi-

und zugleich im Interesse aller Beteiligten eine gewisse Uebersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers nothwendig machen».

¹⁸⁸ «Haben sich auch diese Bedürfnisse am frühesten und entschiedensten in dem zum Handel im engeren Sinne gehörenden Verkehre geltend gemacht, so sind doch mit der fortschreitenden gewerblichen Entwicklung ähnliche Verhältnisse bei vielen anderen Arten gewerblicher Unternehmungen eingetreten. ... Die industriellen Betriebe unterstehen jetzt nur zum Theil dem Handelsrecht» (*Denkschriften*, cit., p. 6).

¹⁸⁹ *Denkschriften*, cit., pp. 5-7. In ordine all'esclusione degli atti aventi ad oggetto beni immobili, sancita dall'Art. 275 dell'ADHGB, i redattori dell'HGB (*ivi*, p. 7) constatavano come il mercato fosse ormai gremito di «Unternehmungen» che, sebbene avessero «nur solche Geschäfte zum Gegenstand», tuttavia operavano «kaufmännisch und in großem Umfange», sicché «es besteht kein Grund, Gewerbetreibende dieser Art von dem Kaufmannsstand obliegenden Pflichten zu entbinden oder ihnen die Rechte zu versagen, welche den fraglichen Pflichten gegenüberstehen». Tanto più che fra queste «Unternehmungen» figuravano i costruttori, vale a dire quei soggetti economici che sempre più si erano andati strutturando e organizzando in forme imprenditoriali. Valutazioni politiche diverse, invece, avrebbero portato, in forza del §. 3 dell'HGB, che qui di seguito si trascrive, a sottrarre le attività di agricoltura e selvicoltura all'applicazione del diritto commerciale: «auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften der §§. 1, 2 keine Anwendung. " Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der §. 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im §. 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß §. 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten».

zioni di tipo enumerativo, come gli Artt. 271 e 272 dell'ADHGB (o gli artt. 632 e 633 del *Code de commerce*), si potesse realisticamente esaurire la complessità del paesaggio economico industriale, né che si potesse ancora giustificare, «di fronte alle relazioni odierne», una disposizione limitativa (per gli immobili) come il vecchio Art. 275, la cui portata, peraltro, mai era risultata chiara e la cui applicazione, infatti, aveva dato luogo in sede giurisprudenziale ad innumerevoli dubbi interpretativi¹⁹⁰.

Il nuovo §. 1, pertanto, che in nove gruppi enumerava le possibili «specie di negozi di un esercizio commerciale», andava coordinato con il successivo §. 2, nel quale il legislatore, al fine di fissare una regola generale che comprendesse ma al contempo superasse l'enumerazione del §. 1, specificava, riprendendo una formula dell'*Obligationenrecht* svizzero, quale fosse il segno di riconoscimento di un esercizio commerciale¹⁹¹: non più il compimento di atti di commercio, ma l'esercizio di un'attività in forma commerciale, talché sarebbe stato «Handelsgewerbe» ogni «Unternehmen» che avesse operato nel mercato commercialmente, cioè secondo le forme, le dimensioni e le logiche proprie di un'organizzazione imprenditoriale¹⁹². In tal

¹⁹⁰ *Denkschriften*, cit., p. 7. O. GIERKE, *Entwurf*, cit., p. 455, era invece dell'avviso che laddove ci fosse stata la necessità di un'estensione dell'«Handelsrecht», di un allargamento del concetto di «Kaufmann», «so wäre meines Erachtens doch die Befriedigung dieses Bedürfnisses durch Vermehrung der in § 1 aufgezählten Grundgeschäfte weitaus vorzuziehen»; bisognava, dunque, sebbene «die Enumerationsmethode» avesse «ihre Schattenseiten», aumentare l'elenco degli atti previsto dal §. 1, senza peraltro trascurare il fatto che molte disposizioni speciali giammai si sarebbero adattate a determinate categorie di soggetti, come gli «Handwerker» (pp. 456-459).

¹⁹¹ §. 1: «Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. " Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat: 1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden; 2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; 3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie; 4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte; 5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer; 6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter; 7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler; 8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; 9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht».

¹⁹² §. 2: «ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für

modo si raggiungeva il risultato, a giudizio dei redattori dell'HGB non più procrastinabile, da un lato di dilatare il concetto di «Kaufmann», affrancandolo dal compimento di specifici negozi e spostando l'asse dall'atto all'organizzazione, dall'altro di ampliare l'ambito del diritto commerciale senza aumentare l'elenco degli atti di commercio¹⁹³.

die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen». Le dimensioni dell'organizzazione collegata all'esercizio commerciale erano considerate rilevanti anche ai fini del successivo §. 4: «die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung. ⁱⁱ Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. ⁱⁱⁱ Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird». Le «modalità commerciali», vale a dire forma e dimensioni proprie di un'organizzazione imprenditoriale, erano già state fatte oggetto di specifica considerazione, come accennato, dal quarto comma dell'Art. 865 dell'*Obligationenrecht* svizzero del 1883, quale criterio per determinare l'obbligo di iscrizione nel registro di commercio: «wer ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich am Orte seiner Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen. Hat er an einem anderen Orte eine Zweigniederlassung, so ist auch an diesem die Eintragung vorzunehmen». Sul processo di formazione, con specifico riguardo al suo rapporto con il movimento democratico, e sulla matrice ideologica dell'*Obligationenrecht* svizzero si veda P. CARONI, *Der «demokratische» code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie*, in *Das Obligationenrecht. 1883-1983*, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, herausgegeben von P. Caroni, Haupt, Bern und Stuttgart 1984, pp. 19-68. Per un tentativo di conferire maggiore concretezza al concetto di «Handelsgewerbe», di determinare in concreto, tramite l'individuazione di specifici requisiti, quando potesse e possa parlarsi di esercizio «in kaufmännischer Weise», cfr. P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Müller, Karlsruhe 1965, pp. 179-193, il quale pone l'accento, nel definire appunto un «Volltypus des Unternehmers», su cinque elementi, che egli desume da una lettura combinata delle disposizioni dell'HGB: l'autonomia, l'offerta generalizzata ad un pubblico indeterminato di persone, l'offerta di beni o servizi economicamente valutabili, l'esistenza di un'unità economica organizzata, la durata. Ne deriva la definizione seguente: «Unternehmer im Sinne des Handelsrechts ist, wer selbständig mittels einer auf Dauer angelegten organisierten Wirtschaftseinheit anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich werthafte Leistungen anbietet».

¹⁹³ L'allargamento «des Kaufmannsbegriff» – spiegavano i redattori dell'HGB, in *Denkschriften*, cit., p. 8 – «wird hiernach als ein Bedürfnis anerkannt werden müssen». Ma tale allargamento non poteva passare «durch eine Vermehrung der einzelnen Grundhandelsgeschäfte». Il progetto, pertanto, seguiva «einen anderen Weg»: «er macht die Eigenschaft als Kaufmann, soweit dabei die bisherige Grenze überschritten wird, von einer doppelten Voraussetzung abhängig, die einerseits eine Kasuistik entbehrlich machen, andererseits durch ein äußerliches Merkmal für jedermann leicht erkennbar sein soll. Die eine Voraussetzung bezieht sich auf die durch Art und Umfang des Unternehmens bedingte Betriebsweise, die andere besteht in der vorgängigen Eintragung des Unternehmers in das Handelsregister. Die Grundhandelsgeschäfte bleiben dabei in ihrer bisherigen rechtlichen Bedeutung

Per la prima volta, in forza di una clausola generale che ricalcava in qualche misura la logica delle scelte compiute nel tempo in materia di società¹⁹⁴, si adottavano le modalità di esercizio e le dimensioni quali parametri per determinare l'applicazione del diritto commerciale, rendendo commerciali tutti i «gewerblichen Unternehmen» che «in ragione delle modalità e delle dimensioni» risultassero esercitati «in maniera commerciale», a condizione, però, che la ditta dell'«Unternehmer» fosse iscritta nel registro di commer-

bestehen; der gewerbsmäßige Betrieb derselben soll auch fernerhin die Eigenschaft als Kaufmann ohne Weiteres begründen. Hierzu tritt aber ergänzend die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft für jeden sonstigen Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und dessen Firma in das Handelsregister eingetragen ist. Diese Eintragung herbeizuführen, wird den betreffenden Gewerbetreibenden zur Pflicht gemacht».

¹⁹⁴ Va ricordato, infatti, che i diversi legislatori nazionali avevano sancito per legge, prescindendo dalla natura degli atti e dall'oggetto dell'attività, la commercialità di alcuni (o di tutti i) tipi societari e la loro conseguente sottoposizione alle norme del diritto commerciale. Della legge francese del 1893 si è già detto. L'art. 8 del Codice di commercio italiano del 1882 si limitava a dichiarare che erano da reputare commercianti «le società commerciali», mentre in Spagna l'art. 1, n. 2, del *Código de comercio* del 1885 dichiarava «comerciantes» le società costituite secondo le disposizioni del Codice. Quanto alla Germania, già il *Gesetz* del 4 luglio 1868, in particolare tramite il terzo comma del §. 11, aveva qualificato come «Kaufleute» e ricondotto alla disciplina giuscommercialistica dell'ADHGB le associazioni economiche e con scopo di lucro, indipendentemente dal fatto che esercitassero atti di commercio («Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält»), e lo stesso aveva fatto, modificando gli Artt. 5 e 208 dell'ADHGB, nel senso di eliminare la parte che richiedeva che «der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht», il *Gesetz* dell'11 giugno 1870 per le società per azioni e per le società in accomandita per azioni (Art. 5: «die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften. ⁱⁱ Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen»; Art. 208: «eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht. ⁱⁱⁱ Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. ⁱⁱⁱⁱ Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung»), come pure il terzo comma del §. 13 del *Gesetz* del 20 aprile 1892 per le società a responsabilità limitata («die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs»). Fino al §. 6 dell'HGB: «die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. ^v Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des §. 4 Abs. 1 nicht berührt». Si vedano, su questo tema, la ricostruzione di V. AFFERNI, *Registro delle imprese. Cenni storici e di diritto comparato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Utet, Torino 1968, pp. 187-188, e le considerazioni di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 215-220.

cio¹⁹⁵. Con un ardito gioco di tecnica legislativa, peraltro, tale da disegnare alla fine un sistema perfettamente circolare, quest'ultimo adempimento, la registrazione, si configurava non già come una scelta, ma come un vero e proprio obbligo per quell'«Unternehmer» che avesse esercitato un'attività in forma commerciale: sicché, in definitiva, chi esercitava un'attività in forma commerciale era obbligato a registrarsi e chi si fosse registrato sarebbe stato sottoposto alle disposizioni del Codice di commercio¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Non si ritenne opportuno, infatti, da parte dei redattori del Codice (*Denkschriften*, cit., p. 9), che a determinare la “commercialità” di un'attività e di un soggetto fossero solo le modalità e le dimensioni dell'esercizio. In determinate circostanze, infatti, avrebbe potuto far difetto una base sicura, che perciò «wird am besten durch das weitere Erforderniß der Eintragung in das Handelsregister geschaffen. Wer weder Grundhandelsgeschäfte betreibt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann danach unter keinen Umständen Kaufmann sein. Die Entscheidung darüber, ob ein Betrieb den oben bezeichneten sachlichen Voraussetzungen entspricht und ob mithin eine Verpflichtung des Unternehmers besteht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, liegt zunächst in der Hand des Registerrichters». La registrazione avrebbe avuto effetti sostanziali anche ai fini del §. 5, che negava a chi fosse iscritto nel registro di commercio ogni possibilità di contestare la propria qualità «commerciale»: «ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im §. 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre».

¹⁹⁶ Il nuovo sistema, in conclusione, era così descritto da K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band I, 1902, p. 6, n. 11: «das System des neuen Rechts ist weit komplizierter. Das neue Recht unterscheidet zwei Arten von Handelsgewerben: natürliche (§ 1 Abs. 2) oder Handelsgewerbe aus sich und künstliche oder Handelsgewerbe kraft Registrierung (§§ 2, 3). Das natürliche Handelsgewerbe ist das des alten Rechts, für das die Natur der Gewerbsgeschäfte als Umsatzgeschäfte entscheidend ist. Natürliches Handelsgewerbe ist dasjenige, dessen Gegenstand Grundhandelsgeschäfte bilden. ... Bei dem natürlichen Handelsgewerbe bedarf es weiterer Erfordernisse, als des Gewerbebetriebes nicht, die Eintragung der Firma in das Handelsregister ist nicht Voraussetzung. Das natürliche Handelsgewerbe ist Handelsgewerbe aus sich. Es kann Großgewerbe und Kleingewerbe sein. – Das künstliche Handelsgewerbe der §§ 2, 3 bildet die angefügte Neuerung. Ausgehend von dem Grundgedanken, daß die aus dem alten Recht übernommene und nur wenig vermehrte Liste von Grundhandelsgeschäften für das Leben nicht ausreiche und daß auch bei Erstrebung möglicher Vollständigkeit in der Aufzählung die wechselnde wirtschaftliche Lage eine solche Liste schnell veralten lasse, hat der Gesetzgeber nach dem Vorbild des Schweizer Obligationenrechts jedes Großgewerbe, das nach seiner Art kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, sofern es nicht der Land- und Forstwirtschaft angehört, zum Handelsgewerbe unter der Voraussetzung erhoben, daß die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen worden ist. Hier entscheidet also nicht die Natur des Betriebsgegenstandes, der kommerziell oder nicht kommerziell (im Sinne des § 93) sein kann (Geschäfte über Immobilien, Urproduktion), sondern die Anlage des Unternehmens, d. h. ob das Unternehmen dergestalt angelegt ist, daß zu seinem Betriebe großkaufmännische Einrichtungen erforderlich sind. Ein derartiges Gewerbe wird zum Handelsgewerbe mit der Registrierung. Dabei hat letzere kraft positiver Bestimmung eine weitreichende Bedeutung (§ 5). Der Eintrag im Handelsregister schneidet zu Gunsten dessen, der sich auf ihn beruft, jeden Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe sei, ab. So lange die Eintragung besteht, gilt das Gewerbe

Con questo criterio, basato sulla forma, sulle modalità e sulle dimensioni dell'esercizio commerciale, non potevano considerarsi «Handelsgewerbe» gli studi medici, le scuole d'arte o gli istituti scientifici, ma dovevano considerarsi tali, ad esempio, tutte quelle «Unternehmungen», come gli uffici di consulenza giuridica, le compagnie teatrali o le imprese di mediazione, le quali, benché non ricomprese nell'enumerazione di cui al §. 1, consistevano in prestazioni di servizi e presupponevano per le loro dimensioni un esercizio in forma imprenditoriale¹⁹⁷. Ma soprattutto risultava archiviato il modello di diritto commerciale incentrato sullo scambio, sulla circolazione, sul momento in senso stretto commerciale, con la conseguenza di superare in un sol colpo tutte le dispute sorte intorno alla natura dell'atto e di eliminare quindi ogni ragione di esclusione di quelle attività di produzione che non avessero a monte una compravendita. Se, infatti, la commercialità di un atto non passava più necessariamente dall'inclusione in un'enumerazione logicamente costruita sul momento economico dello scambio, con al vertice la compra per rivendere, ma sulla forma dell'esercizio, sulle sue dimensioni e sulle sue modalità, veniva meno ogni ragione di escludere gli atti di quegli «Unternehmen» che, ad esempio, producevano e vendevano prodotti senza aver prima acquistato a monte le materie prime, avendole autonomamente ricavate da propri fondi, da proprie cave, miniere, giacimenti, bacini¹⁹⁸. Ma

als Handelsgewerbe auch dann, wenn es z. B. der Land- oder Forstwirtschaft angehört. Demnach ist dieses Handelsgewerbe ein künstliches kraft Registrierung. Dieses künstliche Handelsgewerbe ist stets Großgewerbe».

¹⁹⁷ K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band I, p. 30, n. 1: «nicht fallen also unter § 2 trotz zu Grunde liegender Erwerbsabsicht die Unternehmungen von Aerzten (z. B. Privatkranken-, Privatentbindungs- ... Privatirrenstalten, Kliniken ...), Künstlern (Malerschulen), wissenschaftlichen oder musikalischen Lehrern (private Mädchenschulen, Vorbereitungsanstalten zu Examina, Musikunterrichtsinstitute, Institute von Sprachlehrern, freie Gymnasien). Wohl aber gehören dahin Unternehmungen, bei denen es sich um Verdingung von Diensten handelt, z. B. Rechtskonsulentenbureaus, Pensionate, Theaterunternehmungen und Unternehmungen zu sonstigen Schaustellungen (Menagerien, Aquarien, zoologische Gärten), Detektivinstitute, Auskunftsbureaus, Inkassobureaus ..., die Unternehmungen von Bücherrevisoren, Ingenieuren, Patentbureaus, vorausgesetzt, dass sie nach ihrem Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. Sodann die Unternehmungen von Vermittlern, soweit sie nicht bereits unter § 1 fallen, also Grundstücksvermittlern und Hypothekenmäklern, ferner Auktionatoren, Agenturbureaus, Lotteriekollekteuren. Auch die Unternehmungen von Bau- und Maurermeistern gehören hierher».

¹⁹⁸ Sotto la vigenza dell'ADHGB era stata costantemente esclusa, perché non riconducibile all'Art. 271, n. 1, la commercialità di quell'impresa che, pur contando evidentemente su un'organizzazione, avesse attinto le materie prime da fondi propri («Selbstproduktion»), avesse conseguito la proprietà delle materie prime non già in virtù di un atto di acquisto, ma tramite l'occupazione di risorse naturali, l'estrazione

anche gli atti di quegli «Unternehmen», come la dottrina evidenziava, che costruivano, vendevano e commerciavano beni immobili, i cui atti di scambio erano stati fino ad allora sottratti alla sfera del diritto commerciale in forza della esplicita esclusione sancita dall'art. 275 dell'ADHGB¹⁹⁹.

Tanto più che il §. 343, facendo proprio il criterio dell'accessorietà, considerava «Handelsgeschäfte», nel senso di atti sottoposti al diritto commerciale, «tutti i negozi compiuti da un commerciante nell'esercizio della sua attività commerciale», così trasversalmente attraendo nel perimetro del diritto commerciale tutti gli atti, di qualsivoglia natura e genere, che fossero collegati ad un'organizzazione imprenditoriale, ivi compresi, come avrebbe sottolineato Müller-Erbach (1874-1959), gli atti preparatorii, come l'acquisto

di minerali e fossili, la raccolta di frutti o un atto di liberalità; in questi casi, secondo Goldschmidt, Endemann, Hahn, Anschütz, Völderndorff, l'operazione non integrava un atto di commercio, perché mancava l'intermediazione, l'atto di scambio in senso stretto, senza nulla rilevare, sul piano degli effetti giuridici, la circostanza che a monte ci fossero un'unità organizzativa e una complessa macchina produttiva: cfr. A. ANSCHÜTZ und F. VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts*, Band III, Palm & Enke, Erlangen 1874, p. 7; W. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Band I, Fues, Leipzig 1881, §. 14, p. 58; L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Band I, Enke, Stuttgart 1875, §. 47, pp. 546-547; F. VON HAHN, *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Band II, Vieweg, Braunschweig 1867, pp. 5-6, §. 9. Ora, invece, con il nuovo regime dell'HGB, K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band I, pp. 30-31, n. 1, potevano concludere che «wichtiger als diese Kategorien ist diejenige, bei der den Gegenstand des Unternehmens Rechtsgeschäfte über bewegliche Sachen oder Rechte bilde. Die sämtlichen industriellen Betriebe, so weit sie nicht nach § 1 Handelsgewerbe sind, fallen unter § 2, insbesondere diejenigen, bei denen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten. Die Denkschrift führt als Beispiele an: Thonwaaren- oder Porzellanfabriken, welche die zu verarbeitende Erde auf dem von ihnen zu diesem Zweck erworbenen oder gepachteten Grund und Boden gewinnen, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken unter den entsprechenden Voraussetzungen ... Weiter gehören hierher Gasfabriken, welche die Kohlen aus ihren Gruben, Bierbrauereien, welche den Hopfen aus ihren Pflanzungen, Branntweimbrenner, Essigfabrikanten, Kaltbrennereibesitzer, die den Stoff selbst produzieren. Sodann die Betriebe der Urproduktion, so weit sie nicht zur Land- und Forstwirtschaft gehören, insbesondere die Montanbetriebe, die Ausbeute von Steinbrüchen, Bernsteinlagern, Torfmooren, Guanolagern, Stahlbrunnen, aber auch Austernzucht, Hochseesicherei, Walfischfang, Laucherei u.s.w. Weiter diejenigen Betriebe, bei welchen es sich nicht um direkten Absatz, sondern nur um Vermietung von Waaren handelt (Leihbibliotheken, Kostümvermietungsanstalten). Endlich gehören hierher Unternehmungen, deren Gegenstand Grundstücksgeschäfte bilden, insbesondere die der Grundstücksspekulanten, der großen Bautischlereien, der Inhaber von hôtels garnis und Kurlogirhäusern».

¹⁹⁹ «Irgendwelcher Art» – notavano nel coro unanime anche F. LITTHAUER und A. MOSSE, *Handelsgesetzbuch*, cit. p. 7, n. 2 – «insbesondere auch, wenn das Unternehmen sich auf unbewegliche Sachen bezieht, die früher von den Handelsgeschäften ausgeschlossen waren (Art. 275)».

di un fondo, e quelli dismissivi, come gli atti di cessazione dell'impresa²⁰⁰. E tanto più che il successivo §. 344 introduceva la presunzione in forza della quale gli atti compiuti da un commerciante, senza eccezione alcuna, avrebbero dovuto ritenersi, salvo prova contraria, inerenti alla sua attività commerciale e in quanto tali soggetti alla giurisdizione delle Camere²⁰¹; mentre il §. 345, confermando in tema di atti unilaterali la disciplina dell'Art. 277 dell'ADHGB, stabiliva che, se la legge non avesse disposto diversamente, all'atto che fosse stato commerciale per una delle parti si sarebbero applicate le disposizioni dell'HGB²⁰².

Con l'HGB, pertanto, non si superava l'impostazione fondata sul molecularismo del «Kaufmann» e degli «Handelsgeschäfte», ma si ponevano le basi per una concezione diversa del diritto commerciale, non solo perché si privilegiavano le modalità di esercizio rispetto ai singoli atti di commercio, non solo perché il momento della produzione recuperava terreno rispetto a quello dello scambio, ma anche, e di conseguenza, perché si delineava un nuovo fulcro dell'esercizio commerciale, che non era né il commerciante né i singoli atti di commercio, bensì il complesso dei beni, dei valori e delle persone funzionalmente organizzati per l'esercizio dell'attività commerciale. I concetti chiave, formalmente, rimanevano, sotto il profilo soggettivo,

²⁰⁰ «Geschäfte» – avrebbe infatti chiarito R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Mohr, Tübingen 1928²³, p. 64 – «die das Eröffnen eines Handelsbetriebes erst vorbereiten, gehören ebenso hierher wie das Abwickeln eines Unternehmens bei dessen Einstellung. Nur reine Privatgeschäfte sind ausgeschlossen». Di seguito il testo del §. 343: «Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. ¹ Die im §. 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden».

²⁰¹ §. 344: «die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig ¹ Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt». Vale la pena di ricordare che mentre la giurisdizione commerciale era stata soppressa in Olanda nel 1838 e in Spagna nel 1868, ed i ventitré tribunali di commercio del Regno d'Italia aboliti dalla legge 25 gennaio 1888, n. 5174 (art. 1: «i tribunali di commercio sono aboliti; gli affari di loro competenza sono devoluti ai tribunali civili e correzionali con le norme prescritte nelle materie commerciali»), in Germania la giurisdizione commerciale spettava, fin dall'ADHGB del 1861, alle «Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten»: cfr sul punto H. COING, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, cit., Band II, p. 549.

²⁰² §. 345: «auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergibt».

«Kaufleute» e «Gesellschaften», sotto il profilo oggettivo «Handelsgeschäfte» e «Handelsgewerbe», ma i tempi erano maturi, ormai, affinché la scienza giuridica ponesse l'«Unternehmen» al centro del nuovo «Wirtschaftsrecht»²⁰³.

2. Un nuovo rapporto tra diritto ed economia: verso la formazione di un «Wirtschaftsrecht»

Nel generale clima di rinnovata attenzione per i fatti economici e sociali, sarebbe stata, in particolare, la scienza giuridica austro-tedesca, nei primi anni del Novecento, a cogliere per prima la peculiarità del fenomeno imprenditoriale e ad avvertire l'urgenza, pur nel delicato equilibrio fra romanisti e germanisti, di abbandonare i modelli tradizionali, quelli di derivazione romanistico-napoleonica, per adottarne dei nuovi, congeniali alla nuova realtà economico-sociale dell'Europa industriale. Contaminata dalle teoriche del diritto libero di Kantorowicz e dalla tesi del «lebendes Recht» di Ehrlich, la cultura germanica si fece portatrice di un messaggio nuovo, basato sulla dialettica necessaria tra diritto ed economia, tra «Recht» e «Wirtschaft»²⁰⁴: l'«economia aveva bisogno del diritto», ma il diritto aveva bisogno dell'economia, di confrontarsi con le «energie vitali» sprigionate dal lavoro degli industriali, dei commercianti, degli artigiani e degli agricoltori²⁰⁵. Nascevano i presupposti del «Wirtschaftsrecht», quale vero e proprio diritto dell'economia suggerito dall'ordine economico-sociale sottostante, plasmato sui fatti

²⁰³ Si leggano, su questo cambiamento di prospettive, le suggestive pagine di P. GROSSI, *Itinerarii dell'impresa*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, tomo II, specialmente pp. 999-1005 e *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, Milano, in particolare pp. 191-196. Sull'itinerario scientifico che nella prima metà del Novecento avrebbe portato in Germania e in Austria all'affermazione della nozione di «Unternehmen» e al delinearsi di un «Unternehmensrecht» cfr. già F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'«Unternehmen» nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 299-386.

²⁰⁴ Sul rapporto tra «Recht» e «Wirtschaft» prima, durante e dopo la Rivoluzione industriale, nonché, da quest'angolo di osservazione, sui cambiamenti del diritto commerciale, sulla nascita di un «Industrierecht» e sull'affermarsi dell'«Unternehmen» quale perno dell'HGB, cfr. M. SCHMOECKEL, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, cit.

²⁰⁵ J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss*, Junker und Dünhaupt, Berlin 1939, pp. 2 e 15.

concreti e alimentato perciò da fonti alternative a quella legislativa, come la consuetudine, la giurisprudenza, la scienza giuridica e l'amministrazione²⁰⁶.

La sua teorizzazione, sotto il profilo concettuale, sarebbe stata opera di Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), professore dal 1906 a Jena, il quale, nei primi anni Venti, avrebbe racchiuso nella formula del «Wirtschaftsrecht», sintetizzato nell'idea della necessità di un collegamento quotidiano tra diritto ed economia, il significato del movimento che dal 1910 si era concretizzato fra Jena e Lipsia in una serie di iniziative votate a rinsaldare il rapporto fra teoria e prassi e a promuovere «i giuristi del presente» a interpreti di un nuovo contesto fatto di tecnica, economia e società, fino alla fondazione, nel 1919, di un *Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht*²⁰⁷. Le prime avvisaglie di questa tendenza, in realtà, erano da ricondurre a quei movimenti che un po' in tutta Europa (e non solo), già nell'ultimo quarto dell'Ottocento, avevano

²⁰⁶ Il rapporto tra diritto ed economia assumeva senso e significato evidentemente diversi da quelli che aveva inteso G.D. ROMAGNOSI, *Collezione degli articoli di economia politica*, cit., p. 78, quando aveva osservato che l'«associazione fra il diritto e l'economia», la «consolidazione della pubblica economia colla giurisprudenza», stava nello scopo comune, che era l'«utile giusto», consistente nel «pareggiare fra i privati l'utilità, mediante l'inviolato e sicuro esercizio della comune libertà». Il rapporto, nel discorso di Romagnosi, era inteso in termini di intervento che l'azione giuridica dello Stato poteva avere sull'economia e segnatamente sulla libertà economica degli individui. In breve, sul ruolo centrale assunto dall'economia già nel diritto tedesco del XIX secolo, sia sul piano scientifico che su quello legislativo, si vedano gli spunti suggeriti da H. COING, *Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte*, in *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, herausgegeben von H. Sauer mann und E.-J. Mestmäcker, Mohr, Tübingen 1975, pp. 101-117, a giudizio del quale «das 19. Jahrhundert ... ein großes Jahrhundert der Gesetzgebung [war], aber ebenso, vor allem in Deutschland, eine Blütezeit der Rechtswissenschaft, der Rechtsprechung und der Kautelarjurisprudenz» (p. 105).

²⁰⁷ Nato il 24 aprile del 1878 a Brieg, in Slesia, Hedemann si abilitò il 16 ottobre del 1903 a Breslavia in diritto privato, diritto romano, diritto processuale civile e diritto dell'economia. Il 1° aprile del 1906 fu chiamato come professore straordinario dall'Università di Jena, dove divenne ordinario nel 1909 e rimase, nonostante le chiamate di università prestigiose (Francoforte, Colonia, Vienna, Lipsia), fino al 1936. Fece di Jena il centro di irradiazione delle nuove concezioni e vi fondò, in collaborazione con la fondazione *Carl-Zeiss*, il *Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht*. L'Istituto di Jena avrebbe cominciato a pubblicare dal 1921 le «Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht» e annoverato fra i suoi collaboratori, o comunque fra i suoi frequentatori, Hans Carl Nipperdey, Paul Gieseke, Hans Goldschmidt, Friedrich Darmstädter, Roland Freisler, George Löning, Karl Geiler, Heinrich Lehmann, Friedrich Klausning. Va ricordato che già nel 1908 era iniziata la pubblicazione della rivista «Technik und Wirtschaft» e dal 1912 della rivista «Recht und Wirtschaft». Cfr., sul tema del «Wirtschaftsrecht», l'ottima messa a punto di H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“*, in «Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte», 25, 2003, pp. 238-268. Sul significato di «Wirtschaftsrecht», anche nell'ottica dei suoi rapporti con le diverse discipline giuridiche, F. KLAUSING, *Wirtschaftsrecht*, in *Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, herausgegeben von F. Klausning, H.C.

cominciato a manifestarsi sotto diverse forme: la cosa, come spesso accade, esisteva prima del nome, il contenuto del contenente, il concetto della definizione²⁰⁸. Era però sorprendente, come avrebbe notato nel 1922 lo stesso Hedemann, quanto rapidamente questa formula avesse negli ultimi anni guadagnato terreno, imponendosi come perno centrale dell'attività di ricerca, come materia di studio nelle università e negli istituti, ma anche come vocabolo comune dei quotidiani e del dibattito politico²⁰⁹.

Nipperdey, A. Nutzbaum, Elwert, Marburg in Hessen 1931, pp. 1-87. Sull'evoluzione del concetto di «Wirtschaftsrecht» nel XX secolo M. STOLLEIS, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg*, in *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, herausgegeben von H. Bauer, D. Czybulka, W. Kahl, A. Voßkuhle, Mohr, Tübingen 2002, pp. 1-13, nonché, più specificamente dal punto di vista dell'influenza della politica e dei suoi rapporti con il diritto e con l'economia, R. WIETHÖLTER, *Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat*, in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, herausgegeben von H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Müller, Karlsruhe 1965, pp. 41-62. Sulla figura e la vita di Hedemann H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, herausgegeben von M. Stolleis und D. Simon, Mohr, Tübingen 1989, pp. 107-159.

²⁰⁸ Si allude al movimento «giusliberista», secondo la fortunata formula di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, composto dalle varie anime del socialismo giuridico e della *Interessenjurisprudenz*, della *sociological jurisprudence* e del *legal realism*, del solidarismo giuridico e della *libre recherche scientifique*, della *Lebende Rechtslehre* e della *Freirechtsbewegung*, fino alla *freie Rechtsfindung* e al modernismo giuridico, che con prospettive, punti di vista e obiettivi diversi, convergevano nel porre i fatti economico-sociali alla base di ogni costruzione giuridica. Si vedano sul tema almeno i saggi di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, e “*La scienza del diritto privato*”. *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Giuffrè, Milano 1988, ma anche G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, pp. 897-952, nonché, volendo, F. MAZZARELLA, “*Stato fluido*” del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma La Sapienza, 2-4 ottobre 2006, Aracne, Roma 2007, tomo II, pp. 359-377. Anche in Germania, come in Francia e in Italia, lo sviluppo industriale aveva, specie nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, condizionato, anche se in senso e con significati diversi, il rapporto tra diritto ed economia, catalizzando le attenzioni della scienza giuridica – è il caso, ad esempio, di Gustav Schmoller, Rudolf Stammler, Paul Oertmann e Wilhelm Arnold – verso i bisogni dell'ordine socio-economico, con i suoi istituti come le società, le banche, i brevetti, i marchi, la concorrenza: cfr. H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“*, cit., specialmente pp. 247-256, e, dello stesso Autore, *Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, in *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie*, herausgegeben von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Klostermann, Frankfurt am Main 2004, pp. 129-161.

²⁰⁹ «Es ist erstaunlich» – avrebbe infatti annotato J.W. HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922, p. 7 – «wie rasch in drei oder vier oder fünf Jahren dieses

Dai primi del Novecento sarebbe stato tutto un parlar di diritto ed economia, di nuove prospettive metodologiche, intrise di diritto libero e di diritto vivente, in virtù delle quali poter consentire al giudice, al giurista e all'amministratore di assecondare il flusso del «Wirtschaftsleben», di affrancarsi dagli schemi e dalle categorie delle impalcature tradizionali, di assicurare un'effettiva rispondenza fra il diritto applicato e il contesto socio-economico vissuto²¹⁰. Il diritto, al pari di ogni altra scienza, doveva registrare i cambiamenti economico-sociali, dotarsi di un «Wirtschaftsrecht», nulla più che una «viva componente dell'universo mentale»²¹¹: ogni tempo, per dirla con Hedemann, aveva una sua «impronta», che anche i giuristi avrebbero dovuto saper cogliere e recepire²¹².

Non c'era modo migliore, per spiegare l'idea di «Wirtschaftsrecht», che la similitudine con il «Naturrecht»: come nei secoli XVII e XVIII la natura aveva monopolizzato la scena, affiancando alla religione naturale e alla filo-

Wort sich festgesetzt hat. In den Universitäten werden Vorlesungen darüber gehalten, Professuren begründet und eigene Institute eingerichtet. In der Literatur hat es längst seinen unentziehbaren Platz, vom gediegenen Lehrbuch herab bis zur platten Kartothek, in der Tagespresse begegnet man ihm genau so wie in den politischen Gesprächen. ... Wahrlich, es muß sich um mehr wie um ein bloßes Schlagwort handeln». Qualche anno più tardi, lo stesso J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, herausgegeben von F. Stier-Somlo und A. Elster, Band VI, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig 1929, pp. 930-937, avrebbe felicemente sintetizzato il concetto scrivendo che mentre fino a dieci o vent'anni prima la formula del «Wirtschaftsrecht» era praticamente «unbekannt», ora, alla fine degli anni Venti, era diventata «in aller Munde, fast schon ein „geflügeltes Wort“», visto che «alles spricht von „Wirtschaft“ und spricht täglich von ihr» (p. 930).

²¹⁰ Si citano qui solo F. RATHENAU, *Recht und Wirtschaft*, in «Preußisches Verwaltungs-Blatt», 32, Oktober 1910 bis September 1911, pp. 461-463, che invocava «eine Reaktion gegen den juristischen Schematismus, gegen die Allmacht des Gesetzgebers», aderendo alle proposte che venivano da Jena, a una metodologia che, muovendosi fra «Konstruktionsjurisprudenz» e «Freirechtsschule», consentisse al giudice e all'amministratore di tener nel dovuto conto «die moderne Entwicklung der Technik und Industrie, wie überhaupt unseres gesamten Wirtschaftsleben», e M. RUMPF, *Recht und Wirtschaft*, in «Recht und Wirtschaft», 4, Januar 1912, pp. 89-92, per il quale «nur der Jurist, der von dem Vorrecht des wirklichen ordnungsbedürftigen Rechtslebens vor den abstrakten Begriffen überzeugt ist, ist außer Gefahr, vorschnell die zu schlichtenden sachlichen Interessen in das Schema einer abstrakten Rechtsregel zu pressen».

²¹¹ J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 930.

²¹² «Jede Zeit» – erano esattamente le parole di J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 8 – «oder wie man lebendiger zu sagen pflegt: jedes Zeitalter hat sein besonderes Gepräge, es ist eine Binsenwahrheit, daß auch die Juristen sich dem beugen müssen». È ciò che Hedemann aveva fatto nell'illustrare *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz*, I, *Die Neuordnung des Verkehrslebens*, Heymanns, Berlin 1910.

sofia naturale un diritto naturale, così nel primo Novecento doveva riconoscersi all'economia la posizione di fattore egemone, guardare «l'economia come marchio di fabbrica di ogni nostra manifestazione di vita»²¹³. Talché, come c'erano la filosofia economica, la politica economica, la storia economica, la geografia economica, un giornalismo dell'economia e un ministero dell'economia, allo stesso modo ci sarebbe stato un «Wirtschaftsrecht», che non era, come qualcuno voleva far credere, un nuovo campo delimitato del diritto, un settore giuridico al pari del diritto di famiglia o di quello delle successioni, ma un modo di essere, una «Weltanschauung», una «Tönung» che tutto il diritto, dove in maniera più accesa dove in maniera più tenue, pervadeva e informava²¹⁴: l'economia, «dieser Grundton», contaminava tutto ciò «was heute Recht ist»²¹⁵.

²¹³ J. W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., pp. 8-11.

²¹⁴ «Das ganze Recht» – scriveva infatti J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 11 – «erscheint durchsetzt von solcher Tönung, natürlich an manchen Stellen stärker an andern schwächer, aber jedenfalls bis in die entferntesten Teile hinein wie etwa das Familienrecht oder Kirchenrecht». Prima di lui, nel senso di escludere che il «Wirtschaftsrecht» fosse un nuovo ambito disciplinare, già H.C. NIPPERDEY, *Zum Begriff des Wirtschaftsrechts*, in «Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht», 2, November 1921, pp. 1-4, il quale precisava che «das Wirtschaftsrecht ist keine neue Rechtsdisziplin, die etwa neben bürgerliches Recht, Handelsrecht, Strafrecht usw. zu treten hätte» e che esso era invece «eine neue Betrachtungsweise des wirtschaftlichen Rechtsstoffes», e soprattutto A. NUSSBAUM, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges*, Springer, Berlin 1920, p. III, secondo il quale «der Ausdruck „Wirtschaftsrecht“» postulava «selbstverständlich nicht eine neue Disziplin», ma era «nur eine Überschrift». Più articolata la posizione di F. KLAUSING, *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 17-74, il quale, pur elevando «den Begriff „Wirtschaftsrecht“ zu einem wirklich praktikablen Instrument unseres Arsenal an juristischen Verständigungsmitteln», riteneva infine, in un certo senso cambiando idea rispetto a sue precedenti conclusioni, che il «Wirtschaftsrecht» dovesse avviarsi a costituire una disciplina, da collocare, in particolare, nel campo del diritto pubblico. Nel 1929 lo stesso J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 933, chiariva che «die weltanschauliche Theorie» significava che «das Wirtschaftsrecht als eine Erscheinung des allgemeinen Zeitgeistiges bestimmt und erklärt wird», che esso era «der Grundton des Rechtsganzen in unserer Zeit». Sulla «weltanschauliche Theorie» di Hedemann, questa concezione del «Wirtschaftsrecht» come «Weltanschauung», H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“*, cit., pp. 262-264.

²¹⁵ J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 11. Già due anni prima sempre J.W. HEDEMANN, *Zur Einführung in die Rechtswissenschaft, Kämpfe*, Jena 1919, p. 1, aveva sottolineato l'indispensabilità di un mutuo ed incessante scambio di conoscenze fra i molti ambiti scientifici, riferendosi in particolare al fatto che la «herrschende Weltanschauung» imponeva alla scienza giuridica «den nötigen Zusammenhang zwischen ihrem Wissen und dem Wissen anderer Fachgelehrter». Più precisamente, «das Studium der Rechtswissenschaft», che pure era una «Spezialwissenschaft», richiedeva continue incursioni nel campo di un'altra Facoltà: «der innige Zusammenhang zwischen Wirtschaft und Recht macht den Besuch volkswirtschaftlicher Vorlesungen zur Notwendigkeit».

Così, mentre i confini tra la legge e il contratto rapidamente sbiadivano, il diritto si colorava di economia, subiva l'influenza, i contenuti e i condizionamenti dell'"economico". La realtà giuridica, la determinazione di prestazioni o la soluzione di fattispecie concrete sempre meno dipendevano da uno specifico testo legislativo o dalle clausole di un contratto e sempre più risentivano di concrete manifestazioni della vita economica (i formulari di una società, le condizioni imposte dai grandi gruppi industriali, le dinamiche interne ad una società per azioni, l'organizzazione delle fabbriche)²¹⁶. Era su questo spartito, sul «Wirtschaftsleben», che si scandivano i ritmi quotidiani della vita giuridica; ed era su queste forme, di conseguenza, che il diritto andava modellato²¹⁷.

Perciò, con tutti i suoi risvolti in termini di dimensione collettiva, trama complessa e statuto organizzativo, il mondo della produzione e dell'industria diventava il punto di partenza obbligato per la costruzione di un diritto commerciale destinato a ribaltare gli schemi astratti della tradizione e a passare dalle categorie della proprietà, dell'atto di commercio e dell'individuo a quelle dell'impresa, dell'azienda e del lavoro²¹⁸. La cultura giuridica – avrebbe ammesso al principio del 1912 Max Rumpf (1878-1953), uno dei pionieri del «Wirtschaftsrecht» – si trovava a fronteggiare un compito di grande responsabilità: quello di scoprire e giuridicamente rappresentare, in tempo di «individualismo atomizzante», i fili che tenevano insieme le formazioni sociali e le organizzazioni, nonché di spiegare i nessi e le relazioni che collegavano queste realtà collettive e complesse alle diverse manifestazioni del

²¹⁶ «Vielmehr bestimmt über sie das Formular der Verbände, die Konditionen großer Konzerne, die Bedingungen ganzer Vereinigungen anonymer Gesellschaften, die Arbeitsordnungen der Fabriken oder die Hausordnungen der Mietskasernen, die Richtlinien, die ein Betriebsrat zusammen mit dem Unternehmer für die Einstellung von Arbeitern entworfen hat, oder das Reglement für die Werkwohnungen, das in ähnlicher Weise zustande gekommen ist» (J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 12).

²¹⁷ *Ivi*, p. 13.

²¹⁸ Nel primo numero delle «Mitteilungen», la rivista dell'Istituto di Jena, J.W. HEDEMANN, *Ziele des Instituts*, in «Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht», 1, Mai 1921, p. 2, avrebbe annunciato quali fossero gli scopi e le prospettive dell'Istituto, tracciando anche un quadro degli ambiti disciplinari interessati dal «Wirtschaftsrecht», fra i quali, in primo luogo, «das Organisationswesen der Gegenwart (Recht der Verbände), das wirtschaftliche Vertragsrecht (Recht der Lieferungsverhältnisse), das neue Arbeitsrecht (soweit es nicht schon in den anderen Gebieten enthalten ist), das Bodenrecht (insbesondere Siedlungsfragen)».

“giuridico”²¹⁹. Il diritto patrimoniale si impregnava di diritto dell'economia, con al centro l'«Unternehmen», quale paradigma collettivo e complesso che, secondo il messaggio divulgato nei primi anni del Novecento da Ohmeyer, Pisko, Müller-Erbach, Isay, Geller, ripudiava ogni chiave di lettura semplice, atomistica, individualistica²²⁰.

3. L'«Unternehmen»: una genesi nell'“economico”

Al principio del nuovo secolo, sulla scia delle nuove premesse epistemologiche, Kamillo Ohmeyer sganciava il fenomeno giuridico dal diritto positivo, negando al secondo, che per forza di cose soffriva i ritmi del “politico”, e riconoscendo al primo, che viveva «nel pieno flusso del divenire», la capacità di seguire il corso mutevole degli eventi²²¹. Nel segno della filosofia eraclea, della massima «*πάντα ῥεῖ*», il giurista austriaco constatava che nelle materie più sensibili al cambiamento economico-sociale, come appunto quella che gravitava intorno all'«Unternehmen», «il diritto positivo non offr[iva] norme sufficienti», e che, anzi, le lacune della legge lasciavano all'interprete, nel decidere di questa o di quella fattispecie concreta, «ampi margini di movimento»²²².

219 M. RUMPF, *Recht und Wirtschaft*, cit., p. 91: «die Rechtstheorie hat heute die große Aufgabe, den nach den Zeiten eines atomisierenden Individualismus und Spezialistentums einmal wieder neu entdeckten Zusammenhang zwischen den Rechtsgenossen, dem Gesetze und den Rechtspflegeorganen, die von Willenselementen stark gesättigte Spannung zwischen diesen verschiedenen Trägern des Rechtslebens, erst einmal klar zu sehen, möglichst intensiv zu erfassen und dann den Sinn dieses Zusammenhangs zu deuten».

220 Ci sembrano significative, riguardo ai nessi tra le nuove prospettive scientifiche e la dimensione collettiva e complessa dell'«Unternehmen», le parole di uno dei tardi protagonisti del «Wirtschaftsrecht», F. KLAUSING, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 5: «„Wirtschaftsrecht“ ist das Recht der in irgend einer Form „gebundenen“, „organisierten“ Wirtschaft. ... Manche beziehen als kleinstes „Kollektivum“ auch das (Einzel- oder Gesellschafts-) Unternehmen als solches ein und gewinnen damit den Anschluß an die vom Handels- sowie auch vom Arbeitsrecht erfaßten Tatbestände. ... Damit nähert man sich wiederum der Lehre, die vom „Wirtschaftsrecht“ als dem Recht der „gebundenen“ Wirtschaft spricht».

221 K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt*, Manzsche, Wien 1906, p. 5.

222 *Ibidem*. Perciò – proseguiva Ohmeyer – «bei dieser Sachlage», nella costruzione del quadro giuridico attinente all'«Unternehmen», non ci si poteva sorprendere «wenn das im folgenden vorgeführte Bild manchmal die scharfen Konturen vermissen läßt, welche für seine Zeichnung erwünscht wären und wenn für die vorgebrachten Behauptungen, mangels einer *communis opinio*, oft nur das Gewicht der eigenen bescheidenen Meinung in die Wagschale gelegt wird» (*ibidem*).

Il concetto di «Unternehmen», in particolare, apparteneva proprio a quella parte del diritto privato che traeva le sue ragioni, le sue finalità e i suoi contenuti dalle esigenze e dai bisogni «des praktischen Lebens»²²³. Era un campo nel quale il rapporto tra economia e diritto, «der Zusammenhang von Wirtschaft und Recht», giocava un ruolo centrale, talché solo immergendosi nel ventre economico della società si sarebbero potuti cogliere i nessi che collegavano le dinamiche di mercato al diritto, le norme giuridiche alla vita economica²²⁴. Solo a contatto con la vita di ogni giorno, ascoltando i bisogni che si levavano dalla prassi degli affari, il diritto commerciale avrebbe potuto assolvere, secondo il più tardo affresco di Müller-Erbach, il gravoso compito di favorire l'economia: come non erano «le mura ma i soldati a difendere una città», così non erano «le leggi ma gli uomini a determinare lo stato culturale e il progresso economico di una nazione»²²⁵.

Da quest'angolo visuale, ben immerso nel cuore pulsante della vita economica, l'osservatore non poteva che scorgere, quale tratto caratterizzante l'economia industriale, la dimensione collettiva del fenomeno imprenditoriale, la rilevanza degli aspetti organizzativi, la trasversalità degli interessi. Bastava riflettere sul fatto che l'esistenza, ma ancor di più l'estinzione, di questa o di quell'altra realtà imprenditoriale avrebbe condizionato e determinato «non solo la vita del titolare, ma le fortune e le sventure di molte altre

²²³ *Ibidem*. Nell'ottica del diritto tedesco contemporaneo, per un punto di vista sull'«Unternehmensbegriff», i suoi possibili significati, i suoi caratteri distintivi, le sue vicende, la sua protezione, K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, pp. 63-275.

²²⁴ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 5-6. Si veda, anche sull'influenza determinante che l'economia e la scienza economica ebbero sulla formulazione della nozione giuridica di «Unternehmen», P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., in particolare pp. 121-139. Cfr. inoltre la messa a punto di T. RAISER, *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1969, anche per un quadro delle diverse posizioni esistenti nella dottrina tedesca sulla natura dell'«Unternehmen».

²²⁵ R. MÜLLER-ERBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 48: «dem Handelsrecht ist die Aufgabe gestellt, die wirtschaftliche Spannkraft des Landes zu steigern, m. a. Worten, sein Ziel ist, die Unternehmungslust anzuregen, ein leichtes Anknüpfen und ein rasches reibungsloses Abwickeln der Geschäfte zu ermöglichen und die bestehenden Unternehmen in ihrem Bestande zu sichern. Nur im engsten Anschluß an das Leben und in feinsten Wertung der Geschäftsbedürfnisse kann das Handelsrecht dieser Aufgabe gerecht werden. Doch darf man seinen Einfluß und seine Einwirkungsmöglichkeit nicht überschätzen. Wie es nicht Mauern, sondern Soldaten sind, die eine Stadt verteidigen, so sind es Menschen und nicht Gesetze, die den Kultur- und Wirtschaftsstand eines Landes bestimmen. Nur dann werden die wirtschaftlichen Absichten des Gesetzgebers ihrer Verwirklichung nahe kommen, wenn und solange es gelingt, Menschen zu erziehen, die Einsicht und Entschlußkraft mit zäher Beharrungskraft und Gewissenhaftigkeit verbinden».

persone (operai, impiegati, contadini, etc.)»²²⁶. La dissoluzione di un «Unternehmen», chiariva Müller-Erbach, provocava la perdita di tutti i valori ad esso collegati, il definitivo disperdersi di un patrimonio di esperienze, il tramonto di un valore assoluto, che non apparteneva solo all'imprenditore, ma ai lavoratori e alla comunità tutta; la dissoluzione di un «Unternehmen» non danneggiava solo l'«Unternehmer», ma anche «la collettività», «un interesse generale», «un interesse pubblico»²²⁷.

Il superamento della prospettiva individualistica e semplice, atomistica e molecolare, come si vede, era un fatto non più procrastinabile. L'impresa del capitalismo industriale non poteva essere spiegata dai canoni dell'individualismo giuridico e dalle «concezioni formalistiche della proprietà», da finzioni ancorate all'impostazione napoleonica di un diritto “semplice”, perché era una realtà complessa, era innanzitutto organizzazione di persone e di beni stabilmente coordinati per l'esercizio di un'attività economica produttiva²²⁸. Non era funzionale agli interessi di un solo individuo, ma a quelli di molte-

²²⁶ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 6. Erano i presupposti della “concezione sociale”, dell'«Unternehmen» come luogo di incontro e di contemperamento degli interessi di diversi gruppi, di una «Unternehmensverfassung», per dirla con H.W. KÖHLER, *Rechtsform und Unternehmensverfassung*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 115, 1959, pp. 716-746, funzionale «nicht mehr nur einem einzelnen Interesse exklusiv, sondern allen am Unternehmen konkret beteiligten Gruppen: den Eigentümern bzw. Kapitaleignern, den Gläubigern, den Arbeitnehmern und in einem weiteren Sinne auch den Lieferanten und Abnehmern» (p. 721); una «Unternehmensverfassung», ancora secondo H.W. KÖHLER, *Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform*, in «Juristenzeitung», 1956, pp. 137-142, «interessenpluralistisch»: imprenditori, soci, proprietari, operai, collaboratori, creditori, consumatori (da cui l'esigenza di armonizzazione dell'«Interessenpluralismus» e di coordinamento dei «Gruppeninteressen»). Cfr. sul tema anche K. BALLERSTEDT, *Unternehmen und Wirtschaftsverfassung*, in «Juristenzeitung», 1951, pp. 486-493; T. RAISER, *Das Unternehmen*, cit., p. 10; ID., *Unternehmen und juristische Person*, in *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*, herausgegeben von W. Hadding, Walter de Gruyter & Co., Berlin-New York 1999, pp. 489-504; nonché, specificamente sulle strutture organizzative, gli organi di rappresentanza dei diversi gruppi e le forme di controllo dei differenti interessi esistenti all'interno degli «Unternehmen» riconducibili a figure societarie, N. HORN, *Aktenrechtliche Unternehmensorganisation in der Hochindustrialisierung (1860-1920)*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Wirtschafts-, sozial- und rechtshistorische Untersuchungen zur Industrialisierung in Deutschland, Frankreich, England und den USA*, herausgegeben von N. Horn / J. Kocka, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1979, pp.123-189.

²²⁷ R. MÜLLER-ERBACH, *Die Erhaltung des Unternehmens*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 61, 1908, specialmente pp. 361-364.

²²⁸ E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, FrancoAngeli, Milano 1994⁸, pp. 103-141. Si veda sul tema soprattutto P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, cit., pp. 999-1005 e *Scienza giuridica italiana*, cit., specialmente pp. 190-196, ma anche S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/1972, in particolare pp. 458-459.

plici collettività, come quella degli imprenditori, dei lavoratori, dei consumatori, oltre che, come sarebbe stato enfatizzato dalle ideologie di regime, agli interessi dello Stato e della produzione nazionale²²⁹. Non si poteva spiegare e rappresentare l'assetto produttivo del capitalismo industriale secondo le logiche dell'individuo e dei singoli atti da lui compiuti, continuare a concepire l'attività del capitalista come una serie di atti di scambio e di trasferimento, senza considerare contemporaneamente le altre componenti soggettive, a cominciare dai lavoratori, ed oggettive, materiali e immateriali, mobili e immobili, che componevano ed obiettivamente condizionavano la struttura dell'organizzazione imprenditoriale.

Le logiche dell'economia industriale, come scriveva Rudolf Isay (1886-1956) nel 1910, sarebbero rimaste incomprensibili fintantoché ci si fosse ostinati a spiegarle in base alle azioni, alle vicende e alle iniziative dei singoli individui²³⁰. Come accaduto in passato, infatti, i singoli individui erano inclini, e forse anche obbligati, ad unirsi agli altri, formando in primo luogo

²²⁹ Sulla spiegazione dell'«Unternehmen» in termini di organizzazione sociale, «als eine Organisation, deren Hauptzweck darin liegt, Güter und Dienstleistungen in der Gesellschaft zu produzieren und/oder zu verteilen», e sul concetto sociologico di «Organisation», sui suoi nessi con quello economico di «Unternehmen», sulle relazioni interne all'organizzazione, sulla sua struttura, le sue modalità di azione e di decisione, T. RAISER, *Das Unternehmen*, cit., specialmente pp. 93-116, nonché, specie per la ricostruzione del concetto di «Unternehmen», nel caso della società per azioni, come entità autonoma dai suoi azionisti, come «Unternehmen an sich», secondo la teoria di Rathenau (1917) e la formula di Hausmann (1927), i cui interessi trascendono quelli privati per coinvolgere quelli della comunità tutta e quindi quelli dello Stato, A. RIECHERS, *Das »Unternehmen an sich«: die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Mohr, Tübingen 1996, H.W. KÖHLER, *Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform*, cit., e S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., pp. 40-44. La tesi arriva a concepire l'«Unternehmen» come una comunità, un organismo vivente, un soggetto autonomo e distinto dalle persone che ne fanno parte, un «Unternehmen an sich», in una prospettiva che induce a configurare l'interesse dell'«Unternehmen» come altro da quello dei singoli, l'interesse della società per azioni come altro da quello dei singoli azionisti (A. RIECHERS, *Das »Unternehmen an sich«*, cit., specialmente pp. 20-25). Più in generale, ai fini di un panorama, in chiave storica e teorica, delle possibili categorie collettive (corporazione, istituzione, persona giuridica, organizzazione, fondazione, *corporation*, etc.) applicabili o comunque proposte per un'applicazione all'«Unternehmen», P. NOBEL, *Anstalt und Unternehmen. Dogmengeschichtliche und vergleichende Vorstudien*, Rügger, Diessenhofen 1978.

²³⁰ R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, Vahlen, 1910, p. 1. Sul libro di Isay può leggersi la recensione, in verità non priva di rilievi critici, di R. MÜLLER-ERZBACH, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 71, 1912, pp. 417-428. Su Isay cfr. F. GAUL, *Der Jurist Rudolf Isay (1886-1956). Ein verantwortungsbewusster Vermittler im Spannungsfeld zwischen dynamischer Rechtsschöpfung, ökonomischem Wandel und technischem Fortschritt*, Lang, Frankfurt am Main 2005, specialmente pp. 237 ss.

dei gruppi e poi via via delle «unità economiche», delle «Wirtschaftseinheiten», che assorbivano il contributo dei singoli, fondendo e sinergicamente combinando le prestazioni economiche dei loro membri. Erano queste unità economiche, la famiglia e le altre associazioni di questa natura, gli enti e le istituzioni (in special modo i comuni e lo Stato), a costituire, nella loro unione complessiva, «den Organismus des volkswirtschaftlichen Gesamtkörpers»²³¹.

Ma se la famiglia aveva avuto un ruolo chiave nell'economia agraria e commerciale del Medioevo, più tardi, in tempo di industrializzazione, nel secolo XIX e al principio del XX, erano altre le formazioni sociali intorno alle quali aveva cominciato a gravitare il processo di produzione, perché altre erano le dinamiche economiche e le spinte di aggregazione sociale. Tramontato il primato del commerciante, quale specifica forma di individuo-proprietario, e superata la prospettiva molecolare degli atti di commercio, il nuovo protagonista era diventato l'imprenditore, non già come individuo, ma come originario artefice di una struttura organizzativa complessa. Con l'apporto di capitale, la costruzione di officine, fabbriche, depositi e negozi, l'acquisto di merci e materie prime, l'assunzione di lavoratori, impiegati e operai, la spedizione di agenti e la fondazione di filiali in tutto il mondo, l'«Unternehmer» formava un organismo di mezzi di produzione a struttura diffusa e dall'energia dirompente, che in virtù della sua identità caratterizzante avrebbe goduto di autonoma esistenza, sarebbe sopravvissuto al suo fondatore e avrebbe attraversato più generazioni, anche se a pochi anni dalla sua creazione non fosse rimasto molto dei suoi elementi originari²³².

Il nuovo punto di partenza, per chi avesse voluto comprendere la realtà giuridica dell'era industriale, non poteva che essere la nozione economica di «Unternehmen», che implicava innanzitutto «etwas Einheitliches», un'idea

²³¹ R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 1.

²³² Il ragionamento è importante e conviene trascrivere le esatte parole di R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 5: «in aller Regel aber ist jeder, der sich nicht in abhängiger Stellung befindet, Unternehmer. Er schafft sich, mit mehr oder weniger Kapital, einen Organismus von Produktionsmitteln; er erbaut Werkstätten, Fabriken, Lagerhäuser und Kaufläden, kauft Rohstoffe und Waren, mietet Arbeiter und Angestellte, entsendet Abgesandte überallhin und gründet Niederlassungen im ganzen Reiche und auf der ganzen Erde. Auf diese Weise schafft er einen Organismus von häufig feinsten Struktur und gewaltigster Kraft, einen Organismus, der sich unablässig verzehrt und ständig erneuert, der immer derselbe bleibt und Generationen überdauert, obwohl nach wenigen Jahren vielleicht schon kein Stein des ursprünglichen Baues mehr vorhanden ist».

di totalità, di unità, di complessità²³³; designava un complesso organizzato di persone e di cose, le più diverse e le più svariate, un insieme di beni, materiali e immateriali, dai rapporti giuridici agli immobili, dal lavoro ai segreti di fabbrica, dai contratti ai beni mobili, dai diritti alle obbligazioni, dalla reputazione all'avviamento, riuniti e assemblati per il perseguimento di un medesimo fine²³⁴. Con una precisazione essenziale, però: l'«Unternehmen» era non già la «Summe» di tutte queste «Bestandteile», bensì «die Organisation» che stava al di sopra di esse, teneva loro insieme e rendeva loro adatte «al raggiungimento dello scopo economico al quale sono unitariamente rivolte»²³⁵.

4. *L'individuazione dell'«Unternehmen» nel “giuridico”*

Per il giurista, ovviamente, il primo problema era quello di stabilire se il concetto economico di «Unternehmen» trovasse riscontro sul piano giuridico, se dal diritto vigente potessero trarsi indicazioni utili sulla natura complessa, unitaria e collettiva degli organismi imprenditoriali, se «questo concetto economico di Unternehmen» avesse «anche in campo giuridico un suo significato»²³⁶. Specialmente perché, come rilevava Leo Geller (1844-1925),

²³³ È quel «*Sinneinheit des Unternehmens*» nel quale confluivano, come illustrato da P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., p. 120, tutte le diverse teorie e prospettive dei giuristi che si misuravano con questo nuovo concetto.

²³⁴ «Das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne» – scriveva K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 10, rifacendosi al commentario di Hermann Staub e Oskar Pisko – «ist stets etwas Einheitliches, ein Komplex der verschiedenartigsten Dinge, materieller und immaterieller Güter, die für den gleichartigen Zweck zusammengefasst sind. Es gehören dazu: „die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte und die sogenannten Chancen des Geschäftes, d. h. die tatsächlichen Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, mögen sie nun in Fabrikationsgeheimnissen oder in der Kenntnis gebaren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäftlichen Vertrauen oder Ruf bestehen; auf der anderen Seite gehören dazu auch die Verbindlichkeiten des Geschäftes“». E prima, a p. 8: l'«Unternehmen», per il momento sempre in senso economico, «bezeichnet uns eine zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks organisierte Vereinigung von Gütern und vermögenswerten Beziehungen, eine Zusammenfassung bestimmter Vermögensmassen und imponderabler Vermögenswerte zwecks Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Erfolges».

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 11. Sulla difficoltà, nonostante «Recht und Wirtschaft sind keine Gegensätze, sondern zwei Seiten ein und derselben Wirklichkeit», di costruire sul piano giuridico una nozione di «Unternehmen» in grado di riflettere la realtà economica, si vedano le

nell'ordinamento del diritto privato, sotto il profilo definitorio, non figurava certo l'«Unternehmen an sich», ma solo «i singoli atti d'acquisto e i singoli negozi dell'esercizio commerciale»; si aveva a che fare solo con gli uomini quali «soggetti di diritto» e con le cose quali «oggetti di diritto», solo con le «disjunktiven und konjunktiven Beziehungen» riguardanti l'«Io» e l'«Avere»²³⁷.

In una serie di circostanze, tuttavia, il legislatore aveva dato mostra di appropriarsi, occasionalmente e forse inconsapevolmente, della concezione dell'«Unternehmen» come entità unitaria («als ein Ganzes»), di quell'idea di unità dell'organizzazione imprenditoriale che scaturiva dall'osservazione della prassi²³⁸. Le esigenze della vita commerciale e le «quotidiane manifestazioni della vita giuridica», per usare le parole di Ohmeyer, sollevavano, infatti, una serie di questioni concrete, dal trasferimento alla cessione dell'azienda, dalla successione alla locazione dell'esercizio commerciale, dalla cessione della ditta a quella del marchio, dall'esecuzione forzata al fallimento, per la cui disciplina esistevano tracce sparse di una regolamentazione legislativa²³⁹. Anche da questo frammentario diritto positivo vigente, dalle disposizioni giuridiche che disciplinavano le specifiche vicissitudini di «Handelsgeschäfte» e «Betriebe», traspariva nitida l'idea della «Unternehmenseinheit», dell'unità collettiva e organizzata connessa all'esercizio di un'attività commerciale²⁴⁰.

stimolanti riflessioni di E. FECHNER, *Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft*, in *Antrittsvorlesungen der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn a. Rh.*, herausgegeben von K.F. Chudoba, Heft 7, Scheur, Bonn 1942, pp. 1-15, il quale concludeva nel senso di considerare «einen einheitlichen Unternehmensbegriff in der Rechtswissenschaft nicht nur für möglich, sondern – aus den angeführten Gründen – sogar für notwendig».

²³⁷ L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen*, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913, p. 2. Il libro di Geller, recensito in Germania in «Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts», 58, 1914, pp. 546-548, era la sintesi di una serie di articoli, tutti pubblicati nell'«Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis», negli anni 1908-1910, con il medesimo titolo *Das Unternehmen. Neue kritische Untersuchungen über sein Wesen, die Bedingungen seiner Übertragbarkeit und seine vermeintliche Zugrifflichkeit*.

²³⁸ R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2: «der deutschen privatrechtlichen Gesetzgebung, deren Gebiet das Unternehmen doch angehört, ist bis zum heutigen Tage sowohl das Wort wie der Begriff des Unternehmens nahezu völlig fremd geblieben. Die Einheit der Unternehmung ist ausschließlich vom Leben geschaffen worden; erst allmählich schickt das Recht sich an, sie als Einheit anzuerkennen».

²³⁹ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 11.

²⁴⁰ *Ivi*, p. 12.

I primi segni, in questo senso, erano senz'altro da cogliere nelle norme che contemplavano, in Austria come in Germania, la possibilità di trasferimento «eines Handelsgeschäftes», nelle quali chiaramente si presupponeva, quale oggetto del trasferimento, «das gesamte Geschäftsvermögen, die Warenvorräte, die Betriebsmittel, die Geschäftsaktiven»²⁴¹. Quando il §. 22 dell'HGB, infatti, riconosceva il diritto di continuare ad utilizzare la «Firma» del dante causa a chi avesse acquistato, *inter vivos* o *mortis causa*, ricevuto in usufrutto, in locazione o comunque ad altro titolo un «Handelsgeschäft», e i §§. 25, 26 e 27 sancivano la responsabilità del nuovo imprenditore per tutte le obbligazioni preesistenti, era chiaro che l'«Handelsgeschäft» contemplato dal legislatore non fosse un atto di commercio isolato, né un singolo bene mobile o immobile, ma l'esercizio commerciale nella sua unità imprenditoriale organizzata²⁴². Il che, questo «Charakter des Unternehmens

²⁴¹ *Ibidem*. L'opinione, in dottrina, era largamente condivisa: cfr. in questo senso R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2.

²⁴² Già l'Art. 22 del precedente Codice di commercio, l'ADHGB del 1861, aveva riconosciuto, come ricordava O. PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Manzsche, Wien 1907, pp. 1-4, il diritto di utilizzare la precedente «Firma» a colui che fosse subentrato in un «bestehendes Handelsgeschäft». Il nuovo §. 22 dell'HGB, sulla falsariga del precedente, stabiliva che «wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im §. 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt. ⁱ Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung». Il §. 25, invece, disciplinava la successione nei contratti e la responsabilità di colui che fosse subentrato in un precedente esercizio commerciale: «wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäft begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. ⁱⁱ Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. ⁱⁱⁱ Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist». Il §. 26 introduceva la prescrizione di cinque anni per le pretese dei creditori contro il precedente imprenditore: «ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im §. 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die

als Einheit», era puntualmente confermato, sul fronte del diritto austriaco, dalle disposizioni della *Gewerbeordnung* che regolavano la locazione, l'usufrutto e il trasferimento di un «Gewerbe», la sostituzione e la successione, *inter vivos e mortis causa*, nell'esercizio commerciale²⁴³.

Ansprüche der Gläubiger gegen dem früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt. ⁱⁱ Die Verjährung beginnt im Falle des §. 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des §. 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Uebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte». Il §. 27 fissava i criteri per determinare la responsabilità dell'erede che fosse subentrato nell'«Handelsgeschäft» del *de cuius*: «wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des §. 25 entsprechende Anwendung. ⁱⁱⁱ Die unbeschränkte Haftung nach §. 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so erdingt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist».

²⁴³ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 13. Modificata dalle leggi del 15 marzo 1883 e dell'8 marzo 1885, la «Gewerbe-Ordnung» austriaca era stata introdotta dall'Imperatore Francesco Giuseppe con il *Kaiserliches Patent* del 20 dicembre 1859. A seguito dell'emanazione delle suddette leggi di modifica, il §. 2, *Eigenberechtigung*, recitava: «zum selbstständigen Betriebe eines Gewerbes wird in der Regel erfordert, daß der Unternehmer sein Vermögen selbst zu verwalten berechtigt sei. ⁱⁱ Für Rechnung von Personen, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens nicht eingeräumt ist, können Gewerbe nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter und des competenten Gerichtes, durch einen geeigneten Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter (§. 55) betrieben werden. ⁱⁱⁱ Das Geschlecht begründet in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbsbetriebe keinen Unterschied»; il §. 3, *Juristische Personen*: «juristische Personen können unter den gleichen Bedingungen wie einzelne Individuen Gewerbe betreiben, müssen aber einen geeigneten Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter (§. 55) bestellen»; il §. 19: «eine und dieselbe Person darf in einer und derselben Ortschaft zur Ausübung des Ausschankes und des Kleinverschleißes von gebrannten geistigen Getränken (§. 16 d) nur Eine; zur Ausübung der übrigen im §. 16 aufgezählten Saft- und Schankgewerbe höchstens zwei Concessionen erwerben, pachten oder als Stellvertreter übernehmen. ⁱⁱ Das Saft- und Schankgewerbe ist in der Regel persönlich von dem Concessionsinhaber ausüben. ⁱⁱⁱ Die Ausübung des Gewerbes durch einen Stellvertreter, oder die Verpachtung ist von der Gewerbsbehörde nur aus wichtigen Gründen zu genehmigen. ^{iv} Der Betrieb solcher Gewerbe durch einen Stellvertreter oder Pächter ohne vorher erlangte Genehmigung durch die Gewerbsbehörde wird sowohl an dem Gewerbsinhaber, als an dem Stellvertreter oder Pächter nach Maßgabe des von den Uebertretungen und Strafen handelnden achten Hauptstückes der Gewerbeordnung geahndet»; il §. 55, intitolato *Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter*, regolava la sostituzione *nel* e la locazione *del* «Gewerbe»: «jeder Gewerbetreibende kann sein Gewerbe auch durch einen Stellvertreter (Geschäftsführer) ausüben oder dasselbe verpachten. Die Afterpachtung eines Gewerbes ist nicht gestattet. ⁱⁱ Ein Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter muß immer, gleich dem Gewerbsinhaber selbst, die für den selbstständigen Betrieb des betreffenden Gewerbes erforderlichen Eigenschaften besitzen. Es ist daher bei freien und handwerksmäßigen Gewerben

Ancor più eloquente, sul versante dei rapporti tra «Firma» e «Handelsgeschäft», era il §. 23 dell'HGB, che consentiva bensì il trasferimento della «Handelsfirma», vale a dire del «nome, con il quale egli [il commerciante] conduce i suoi affari e firma nel commercio» (§. 17), ma solo insieme all'«Handelsgeschäft» per il quale era utilizzata²⁴⁴. Non si diceva cosa fosse quell'«Handelsgeschäft» senza il quale era vietato il trasferimento della «Firma», ma era chiaro, come si sarebbe osservato nel commentario di Makower (1830-1897), che si alludesse non a un singolo atto di commercio, un singolo negozio, un singolo bene, bensì a un «Vermögensinbegriff» e più precisamente a un'entità patrimoniale complessa, che non comprendeva «solo l'insieme dei beni materiali e dei crediti», ma anche e soprattutto «die Organisation, das ganze Unternehmen»²⁴⁵. La «Firma», che il legislatore aveva evidentemente inteso come l'elemento in grado di identificare l'intera organizzazione imprenditoriale, non avrebbe potuto trasferirsi, in altri termini, senza tutto il «complesso dei rapporti giuridici e delle attività» che formavano «das Handelsgeschäft», cioè, appunto, senza l'«Unternehmen» unitariamente inteso²⁴⁶.

der Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter von dem Gewerbsinhaber der Gewerbsbehörde anzuzeigen und bei concessionirten Gewerben vom Gewerbsinhaber die Genehmigung der Gewerbsbehörde einzuholen. ⁱⁱⁱ Hinsichtlich der Saft- und Schankgewerbe enthält §. 19 die Bestimmung. ^{iv} Die Bestimmungen dieses Paragraphen gelten auch von dem Eigenthümer eines Realgewerbes, welcher die gesetzliche Eignung zur Ausübung desselben nicht besitzt, und es durch einen Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter betreiben will»; il §. 56, infine, *Uebergang der Gewerbe*, disciplinava la successione: «nach dem Tode eines Gewerbetreibenden hat der Erbe oder Legatar, wenn er das Gewerbe fortführen will, dasselbe auf eigenen Namen neu anzumelden. ⁱⁱ Deßgleichen hat eine neue Anmeldung stattzufinden, wenn ein Gewerbestablissemments durch Acte unter Lebenden auf einen Anderen übertragen wird. ⁱⁱⁱ Ist das Gewerbe ein concessionirtes, so bedarf es in beiden Fällen einer neuen Concession. ^{iv} Nur für Rechnung der Witwe für die Dauer ihres Witwenstandes oder der minderjährigen Erben bis zur erreichten Großjährigkeit kann ein concessionirtes oder handwerksmäßiges Gewerbe auf Grundlage der alten Concession, beziehungsweise des alten Gewerbescheines fortgeführt werden. ^v Zur Fortführung eines Gewerbes für Rechnung der Massa während einer Concur- oder Verlassenschaftsabhandlung bedarf es weder einer neuen Anmeldung noch Concession. ^{vi} In diesem, wie im vorhergehenden Falle ist, wenn die Natur des Gewerbes es fordert, ein nach §. 55 geeigneter Stellvertreter (Geschäftsführer) zu bestellen».

²⁴⁴ Il §. 23 dell'HGB, che discendeva dall'Art. 23 dell'ADHGB («die Veräußerung einer Firma als solcher, abgedondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig»), stabiliva che «die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden».

²⁴⁵ *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, herausgegeben von H. Makower, Band I, bearbeitet von F. Makower, Guttentag, Berlin 1906¹³, p. 112.

²⁴⁶ «Die Firma» – ragionava a tal proposito K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 12 – «bildet als jener Faktor, welcher die konkrete Organisation individualisiert, ein untrennbares Akzessorium des

C'erano poi tutte quelle disposizioni, come i §§. 9 e 20 del *Gesetz* austriaco sulla protezione dei marchi, che, “agganciando” le sorti del marchio alle vicende dell'«Unternehmen», decretavano l'estinzione della «Marke» con la fine dell'«Unternehmen» e disponevano il suo trasferimento in caso di successione nell'«Unternehmen»²⁴⁷; o come il §. 7 della legge tedesca per la protezione dei segni distintivi del prodotto, che fissava la regola secondo la quale il marchio avrebbe potuto trasferirsi solo insieme al «Geschäftsbetrieb» al quale apparteneva²⁴⁸. Anche in questo caso, al fine di penetrare la logica che sottintendeva la scelta di associare il marchio del prodotto all'«Unternehmen» o al «Betrieb», occorre presumere che alla base

Unternehmens». Cfr. anche R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2, e O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 1-4.

²⁴⁷ §. 9 del *Gesetz* del 6 gennaio 1890: «das Markenrecht klebt an dem Unternehmen, für welches die Marke bestimmt ist, erlischt mit demselben und übergeht im Falle des Besitzwechsels an den neuen Besitzer. ¹ In dem letzteren Falle hat jedoch, außer wenn das Unternehmen durch die Witwe oder einen minderjährigen Erben des Markeninhabers, oder für Rechnung einer Verlassenschafts- oder Concursmassa fortgeführt wird, der neue Besitzer binnen drei Monaten nach erfolgter Erwerbung des Besitzes die Marke auf seinen Namen umschreiben zu lassen, widrigenfalls das Markenrecht erlischt». Con la riforma del 17 marzo 1913, peraltro, il secondo comma del §. 9 sarebbe stato sostituito dal seguente: «der neue Besitzer hat jedoch, wenn er das Unternehmen nicht unter der unveränderten Firma fortführt, die Umschreibung der Marke zu erwirken. Solange diese im Register der Handels- und Gewerbekammer nicht vollzogen ist, kann er das Markenrecht nicht geltend machen und können alle amtlichen Verständigungen, welche die Marke betreffen, mit Wirkung gegen ihn an den eingetragenen Inhaber der Marke oder seinen eingetragenen Vertreter zugestellt werden». Il §. 20, invece, stabiliva: «zur Umschreibung des Markenrechtes im Sinne des §. 9 hat der Bewerber den Beweis der Erwerbung der betreffenden Unternehmung beizubringen. ¹ Die Umschreibung unterliegt der gleichen Taxe wie die erste Registrierung (§. 15) und ist dieselbe sowohl auf der für die Partei bestimmten Bestätigung (§. 13, Absatz 2), als im Register der Handels- und Gewerbekammer (§. 17) anzumerken und zu veröffentlichen (§. 17, Schlussabsatz)».

²⁴⁸ Il §. 7 del *Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen* tedesco del 12 maggio 1894, che sostituiva il *Reichsgesetz über Markenschutz* del 30 novembre 1874 e che sarebbe stato aggiornato dal *Gesetz* del 31 marzo 1913, infatti, disponeva: «das durch die Anmeldung oder Eintragung eines Waarenzeichens begründete Recht geht auf die Erben über und kann durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden. Das Recht kann jedoch nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu welchem das Waarenzeichen gehört, auf einen Anderen übergehen. Der Uebergang wird auf Antrag des Rechtsnachfolgers in der Zeichenrolle vermerkt, sofern die Einwilligung des Berechtigten in beweisender Form beigebracht wird. Ist der Berechtigte verstorben, so ist der Nachweis der Rechtsnachfolge zu führen. ¹ Solange der Uebergang in der Zeichenrolle nicht vermerkt ist, kann der Rechtsnachfolger sein Recht aus der Eintragung des Waarenzeichens nicht geltend machen. ² Verfügungen und Beschlüsse des Patentamts, welche einer Zustellung an den Inhaber des Zeichens bedürfen, sind stets an den eingetragenen Inhaber zu richten. Ergibt sich, daß derselbe verstorben ist, so kann das Patentamt nach seinem Ermessen die Zustellung als bewirkt ansehen oder zum Zweck der Zustellung an die Erben deren Ermittlung veranlassen».

di un esercizio commerciale ci fosse un bene complesso e unitario: nel momento in cui, infatti, si ipotizzava sul piano legislativo un collegamento necessario fra il diritto sul bene immateriale e l'«Unternehmen», non si poteva non assegnare «al concetto unitario di Unternehmen un più ampio spazio e un più decisivo significato in campo giuridico»²⁴⁹.

Era perciò evidente, almeno per chi avesse voluto guardarlo con lenti appropriate, come il quadro legislativo fosse gremito di riferimenti a quell'unità giuridica organizzata che sul piano economico costituiva l'«Unternehmen», anche perché, volendo, l'elenco di norme poteva anche proseguire. Bastava guardare il §. 5 del *Patentgesetz* tedesco del 7 aprile 1891, che ammetteva il trasferimento o la cessione del diritto di sfruttare un'invenzione industriale solo «zusammen mit dem Betriebe»²⁵⁰; il §. 16 della legge tedesca contro la concorrenza sleale, che vietava l'impiego di segni distintivi secondo forme o modalità idonee a ingenerare confusione con i segni distintivi «eines gewerblichen Unternehmens»²⁵¹; la disciplina codicistica sui rapporti tra singoli

²⁴⁹ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 17. Sui collegamenti tra marchio, imprenditore, impresa e azienda nell'età industriale sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi*, cit., specialmente pp. 81-175.

²⁵⁰ Cfr. O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 1-4. Di seguito il testo del §. 5 del *Patentgesetz* tedesco del 7 aprile 1891, che sostituiva la legge per la protezione dei brevetti industriali del 25 maggio 1877 e che sarebbe stato poi riformato dal *Gesetz betreffend den Patentausführungszwang* del 6 giugno 1911: «die Wirkung des Patents tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Derselbe ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen. Diese Befugniß kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden. ⁱⁱ Die Wirkung des Patents tritt ferner insoweit nicht ein, als die Erfindung nach Bestimmung des Reichskanzlers für das Heer oder für die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden soll. Doch hat der Patentinhaber in diesem Falle gegenüber dem Reiche oder dem Staate, welcher in seinem besonderen Interesse die Beschränkung des Patents beantragt hat, Anspruch auf angemessene Vergütung, welche in Ermangelung einer Verständigung im Rechtswege festgesetzt wird. ⁱⁱⁱ Auf Einrichtungen an Fahrzeugen, welche nur vorübergehend in das Inland gelangen, erstreckt sich die Wirkung des Patents nicht». I dibattiti sul ruolo dello Stato, le discussioni sulle ragioni di una protezione legislativa dei brevetti di invenzione e le preoccupazioni sui possibili ostacoli alla libera circolazione che precedettero l'emanazione del *Reichspatentgesetz* fin dai tempi dello *Zollverein* sono ricostruiti da M. SECKELMANN, *Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich. 1871-1914*, Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 107-179, ma sia consentito rinviare anche a F. MAZZARELLA, *Diritto e invenzioni*, cit., pp. 96-108.

²⁵¹ §. 16 del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 7 giugno 1909: «wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren

soci e patrimonio sociale, con la norma che nel caso ricorressero i presupposti per l'esclusione di uno dei due soci di una società consentiva a quello che fosse rimasto «das Geschäft ... zu übernehmen»²⁵²; i §§. 1405 e 1452 del BGB, in virtù dei quali la donna che con il consenso del marito avesse autonomamente esercitato un «Betrieb» a scopo di lucro, non avrebbe poi avuto bisogno della di lui autorizzazione per il compimento dei singoli «negozi giuridici» inerenti all'esercizio commerciale²⁵³; i §§. 112 e 1651 del BGB, in base ai quali il rappresentante legale avrebbe potuto autorizzare il minore ad esercitare in proprio un «Betrieb» a scopo di lucro e tutto ciò che questi avesse acquisito attraverso l'esercizio autonomo dell'esercizio commerciale avrebbe costituito «patrimonio libero»²⁵⁴; il §. 151 della legge sull'assicura-

sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden. ⁱⁱ Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen. ⁱⁱⁱ Der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts stehen solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten. Auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen finden diese Vorschriften keine Anwendung. ^{iv} Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung». Cfr., sul §. 16, il quasi coevo commento di D. BAER, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 mit Erläuterungen*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin 1913, pp. 311-337.

²⁵² §. 142 HGB: «sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. ⁱⁱ Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach §. 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen. ⁱⁱⁱ Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung».

²⁵³ §. 1405: «erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen. ⁱⁱ Der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. ⁱⁱⁱ Dritten gegenüber ist ein Einspruch und der Widerruf der Einwilligung nur nach Maßgabe des §. 1435 wirksam»; §. 1452: «auf den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau finden die Vorschriften des §. 1405 entsprechende Anwendung».

²⁵⁴ Si veda R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 3. In base al §. 112, «ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig,

zione, nella parte in cui prevedeva che in caso di cessione «des Unternehmens», a titolo di vendita, usufrutto, locazione o altro, l'avente causa sarebbe subentrato nel contratto, assumendo tutti i diritti e gli obblighi che ne discendevano²⁵⁵.

Senza naturalmente dimenticare tutte quelle circostanze, riscontrabili nei casi di esecuzione forzata, amministrazione coatta, fallimento, in presenza delle quali il legislatore ipotizzava un trasferimento, una modificazione o una compressione dell'«Unternehmen» anche contro la volontà del suo titolare²⁵⁶. Era il caso dei §§. 341 ss. della *Executionsordnung* austriaca del 27 maggio 1896, che contemplavano e consentivano, come Geller illustrava, il pignoramento, la cessione forzata e l'amministrazione giudiziaria di «gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissemments, Handelsbetriebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen»²⁵⁷; dei §§. 142 e 148 della

welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. ¹¹ Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden»; ai sensi del §. 1651, inoltre, «freies Vermögen ist: 1. was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach §. 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt; 2. was das Kind von Todeswegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll. ¹² Die Vorschriften des §. 1638 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung».

²⁵⁵ §. 151 del *Versicherungsvertragsgesetz* del 30 maggio 1908: «ist die Versicherung für die Haftpflicht aus einem geschäftlichen Betriebe des Versicherungsnehmers genommen, so erstreckt sie sich auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht solcher Personen, welche er zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder eines Teiles des Betriebs angestellt hat. Die Versicherung gilt insoweit als für fremde Rechnung genommen. ¹³ Wird im Falle des Abs. 1 das Unternehmen an einen Dritten veräußert oder auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses von einem Dritten übernommen, so tritt an Stelle des Versicherungsnehmers der Dritte in die während der Dauer seiner Berechtigung sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Die Vorschriften des § 69 Abs. 2, 3 und der §§ 70, 71 finden entsprechende Anwendung».

²⁵⁶ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 3-4, e R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 188-203.

²⁵⁷ L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., p. 9 e soprattutto pp. 132-171. Il §. 341, la prima delle «besondere Bestimmungen über die Execution auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissemments u.s.w.», stabiliva che «auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissemments, Handelsbetriebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen kann die Execution auf Antrag durch Zwangsverwaltung (§. 334) oder durch Verpachtung (§. 340) geführt werden. Bei handwerksmäßigen und bei solchen concessionirten Gewerben, zu deren Antritt eine besondere Befähigung erforderlich ist, findet die Execution durch Zwangsverwaltung oder Verpachtung nicht statt, wenn das Gewerbe vom Gewerbeinhaber allein oder mit höchstens vier Hilfsarbeitern ausgeübt wird. ¹⁴ Bedarf die Ausübung des Gewerbes oder der Betrieb eines anderen Unternehmens durch einen Stellvertreter nach den darüber bestehenden Vorschriften der Genehmigung der Verwaltungsbehörden und soll infolge der Bewilligung der

Concursordnung austriaca, con cui si prevedeva, in caso di insolvenza, la possibilità da un lato di proseguire il «Geschäft» «per conto della massa», dall'altro di sfruttare il «Geschäft» del debitore attraverso la cessione²⁵⁸; dei §§. 117, 129, 130 e 134 della *Konkursordnung* tedesca, dai quali si desumeva che l'esercizio del «Geschäft im Ganzen», con i benefici del suo sfruttamento, soggiaceva all'amministrazione del fallimento e che una sua eventuale cessione, a differenza di una dismissione separata delle sue singole parti, avrebbe dovuto valutarsi in termini unitari e omnicomprensivi²⁵⁹.

Zwangsverwaltung die Geschäftsführung auf den Verwalter selbst übergehen, so ist der Beschluss des Executionsgerichtes, durch welchen der Verwalter ernannt wird, vor Zustellung an die Betheiligten der zuständigen Verwaltungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen. ^{III} Gleiches gilt hinsichtlich des über die Verpachtung eines Gewerbes ergehenden Beschlusses, insoferne für die Verpachtung die Einholung der Genehmigung der Verwaltungsbehörde vorgeschrieben ist».

²⁵⁸ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 137. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 161-204, ma specialmente 194-204. Il §. 142 della *Concursordnung* austriaca del 25 dicembre 1868, in 257 paragrafi, modificata dalla legge del 25 maggio 1883 e completata dalla legge del 16 marzo 1884 sulla revoca degli atti in frode, disponeva: «solange die allgemeine Liquidirungstagfahrt nicht abgehalten ist, hat sich die Verwaltung in der Regel auf die Ermittlung, Sicherstellung und vorläufige Benützung der Masse zu beschränken. ^{II} Die einstweilige Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners ist zulässig, wenn dieselbe zum Vortheile der Masse gereicht oder wenn durch die Einstellung des Geschäftes die begründete Aussicht auf einen Ausgleich vereitelt oder verringert wird. ^{III} Die Veräußerung von beweglichen Gütern hat auch außer dem Falle, in welchem die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners dieselbe mit sich bringt, dann sofort zu erfolgen, wenn sie zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens als nothwendig erscheint; sie kann jederzeit verfügt werden, wenn sie sich zur Sicherung eines offenbaren Vortheiles als geeignet darstellt und wenn nicht ein angemeldeter oder sonst bekannter Rückforderungsanspruch entgegensteht.

^{IV} Die Veräußerung von unbeweglichen Gütern dagegen darf vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur dann geschehen, wenn außerordentliche Umstände deren Vornahme zur Abwendung eines großen Nachtheiles dringend erheischen, und selbst in diesem Falle hat die Veräußerung, wenn nicht sehr wichtige Gründe eine andere Veräußerungsart empfehlen, in der im Executionsverfahren vorgeschrieben Weise vor sich zu gehen». Il §. 148: «die nachbenannten Geschäfte und Rechtshandlungen können vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur mit Ermächtigung des Concursgerichtes, nach Abhaltung derselben nur auf Grundlage eines Beschlusses der Gläubigerschaft (§. 144) unternommen werden: a) die Veräußerung eines unbeweglichen Gutes, einer Gerechtsame oder eines Seeschiffes mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung des im Executionsverfahren vorgeschriebenen Vorganges oder die Anerkennung eines Rückforderungsanspruches in Ansehung dieser Gegenstände; b) die Abtretung von industriellen oder Handelsunternehmungen, welche zur Masse gehören oder woran der Gemeinschuldner unter persönlicher Haftung betheilt war, im Vergleichswege mit Last und Vortheil oder überhaupt unter solchen Bedingungen, durch welche die Haftung der Masse oder der Umfang ihrer Ansprüche wesentlich geändert wird».

²⁵⁹ Si vedano O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 140, e R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 85, il quale ultimo muoveva infatti proprio dai §§. 1, 117/2, 129/2, 130 e 134 della *Konkursordnung* tedesca per ribadire che «auch das deutsche Reichsrecht die Möglichkeit [gewährt],

Grazie a questo mosaico legislativo, formato dagli apporti che, tessera dopo tessera, fornivano i protagonisti di quest'avventura scientifica, si profilava una tendenziale linea di convergenza tra diritto ed economia, fondata sul fatto che anche sul piano giuridico, come su quello economico, l'«Unternehmen» si presentava come «unità», «totalità» distinta bensì dalle singole parti, ma distinta soprattutto dalla loro somma; un bene complesso e collettivo, la cui identità prescindeva da quella delle cose e dei diritti che contingentemente la formavano e il cui carattere discendeva dall'«organizzazione unificante» che ne faceva un bene unico, anche e soprattutto nel momento della circolazione giuridica²⁶⁰.

das Unternehmen als Ganzes zu verwerthen». Sia consentito rinviare di nuovo a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 194-204. Di seguito il §. 117 (e via via gli altri menzionati) della *Konkursordnung* tedesca del 10 febbraio 1877: «nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesammte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerthen. ¹¹ Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners dürfen nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unentbehrlich sind»; §. 129: «bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren. ¹² Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt, so beschließt dieser über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten»; §. 130: «soll nach § 129 das Geschäft des Gemeinschuldners geschlossen werden, so hat der Verwalter vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Schließung des Geschäfts dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen. ¹³ Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners die Schließung des Geschäfts untersagen, wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht hat»; §. 134: «der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen: 1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, oder das Geschäft oder das Waarenlager des Gemeinschuldners im Ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräußert werden soll; 2. wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen».

²⁶⁰ Se non altro in ragione della sua chiarezza, la definizione di K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 20, merita di essere qui interamente trascritta: «auch im juristischen Sinne gilt das Unternehmen als besonderes Objekt, als eine Einheit, welche sich in Gegensatz stellt zu ihren Bestandteilen und insbesondere auch zu der Summe ihrer Bestandteile. Auch für den Rechtsverkehr erhält das einigende Moment der Organisation des Unternehmensbetriebes seine wesentliche Bedeutung. Das Unternehmen ist etwas einheitliches, das von den einzelnen durch dasselbe umfaßten Sachen und Rechten differiert, woraus sich ergibt, daß für die Identität und den Bestand des Unternehmens die Identität der Bestandteile

L'«Unternehmen», anche sotto il profilo giuridico, risultava un insieme complesso e organizzato di beni e diritti di diversa natura, una «Rechtseinheit», complessa e trasversale, che nella misura in cui comprendeva al suo interno non solo beni materiali, ma anche diritti, non solo entità corporali, ma anche rapporti giuridici e contratti, non solo categorie statiche, ma anche organizzazione, energie e attività, rendeva insufficienti e inadeguate le categorie giuridiche tradizionali, prima fra tutte la «körperliche Gesamtsache» del §. 302 dell'ABGB²⁶¹. La «Unternehmenseinheit» implicava l'esistenza di un'entità giuridica, al suo interno eterogenea ma al suo esterno unitaria, composta da una molteplicità di persone, rapporti, energie e beni, valutabile come «Rechtsobjekt» nel suo complesso e soggetta nella sua interezza ad un'autorità, una vera e propria «Herrschaft», diversa da quella che investiva le singole parti, i singoli beni, i singoli rapporti, i singoli dirit-

nicht gefordert wird. Und zweitens: die Rechtseinheit des Unternehmens hat im geltenden Gesetze im allgemeinen diese Intensität nicht erhalten, daß durch sie bei Bestand des Unternehmens ein gesondertes rechtliches Schicksal der Unternehmensbestandteile, insbesondere ein Sonderzugriff auf dieselben ausgeschlossen würde».

²⁶¹ §. 302: «ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet». Si veda, sul §. 302, il commento di M. VON STUBENRAUCH, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Manz, Wien 1892^o, Band I, p. 387, il quale, infatti, ancora nel 1892, portava come esempi di «Gesamtsache» un gregge o una biblioteca. Sull'ABGB, Codice civile generale per i territori ereditari tedeschi della Monarchia asburgica, promulgato a Vienna da Francesco I il 1° giugno del 1811 ed entrato in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo, si veda innanzitutto il commento che alla sua stessa opera fece F. VON ZEILLER (1751-1828), *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Bände I-VII (indice alfabetico compreso), Geistinger, Wien und Triest 1811-1813, se si vuole nella traduzione italiana *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, voll. 1-7 (indice alfabetico compreso), Picotti, Venezia 1815-1816. Si vedano poi W. BRAUNEDER, *Geschlossenheit der Kodifikation? Die Verweisungen im ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni ed E. Dezza, Cedam, Padova 2006, pp. 1-34; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Giappichelli, Torino 2000³, pp. 137-162; G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, cit., pp. 202-207; nonché, per specifici aspetti, i diversi contributi contenuti nel sopra citato volume collettaneo *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Per un breve bilancio al momento del centenario R. BONINI, *Il diritto privato dal nuovo secolo alla prima guerra mondiale. Linee di storia giuridica italiana ed europea*, Patron, Bologna 1996, pp. 15-17 e 131-141. Inoltre F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. I, pp. 511-518, e G. WESENBERG und G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Böhlau, Wien-Köln-Graz 1985⁴, ed. it. *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Cedam, Padova 1999, pp. 218-222 e la bibliografia citata alle pp. 224-226.

ti²⁶². Non era in termini di proprietà né di *universitas facti* che si poteva realisticamente pensare di definire l'«Unternehmen», perché il concetto trascendeva le dinamiche consuete delle cose corporali e i confini unilineari della proprietà, assumendo semmai i caratteri di un patrimonio speciale, di una *universitas iuris*²⁶³. La codificazione austriaca del 1811, pertanto, non forniva «basi sicure» alla costruzione scientifica «del concetto di Unternehmen», come più in generale ogni definizione giuridica incentrata sulla considerazione di una moltitudine di cose corporali ovvero di diritti di proprietà su cose corporali, ivi comprese quelle da ultimo ricavabili dal nuovo impianto del BGB²⁶⁴.

La natura degli atti, dei contratti, dei negozi, la qualità del soggetto, il tipo di beni e la tipologia dell'attività non incidavano sull'esistenza di un «Unternehmen». Come ricostruiva Geller, l'«Unternehmen» poteva avere finalità e oggetti diversi (produzione, lavoro, servizi, assicurazione, credito), distinguersi per il profilo soggettivo (ditta individuale, società, associazione, ente), caratterizzarsi per i fattori di capacità produttiva, qualificarsi per il suo rapporto con il potere pubblico, differenziarsi in ragione dell'elemento temporale o dell'elemento logistico²⁶⁵. Indipendentemente da tutto ciò, l'aspetto

²⁶² K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 18-19. Ciò implicava – come Ohmeyer avrebbe precisato oltre – che l'«Unternehmen» era altro dalle sue componenti, la sua identità non dipendeva da quella delle singole parti, le quali avrebbero nel tempo potuto cambiare, estinguersi o essere alienate, senza che la «Rechtseinheit» dell'«Unternehmen» ne risentisse: «Identität und Bestand des Unternehmens ist von dem Wechsel seiner Bestandteile unabhängig, die Bestandteile können sich verändern, mehren oder mindern, ohne daß die Identität der Unternehmung berührt wird» (*ivi*, p. 23).

²⁶³ Chiarissime, in proposito, erano le parole di K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 15-16: «nun bedarf es aber keiner Hervorhebung, daß das juristische Gebilde des zusammengesetzten Sachkörpers für die Darstellung des Unternehmensbegriffes nicht genügt. Man denke etwa an eine Industrie, die in gemieteten Räumen, an eine Unternehmung, die in gepachteten Lokalitäten betrieben wird; sie alle sind Betriebe, bei welchen nicht die Fabriks- oder sonstige Industrierealität mit Bestandteilen, sondern das Recht am Reale mit den Produktionsmitteln usw. die Grundlage des Unternehmens bildet. Die Vereinigung von Rechten der verschiedensten Art also und nicht lediglich eine solche von körperlichen Sachen oder, wie richtiger zu sagen, des Eigentumsrechts an körperlichen Sachen steht beim Unternehmen in Frage und, wie noch auszuführen, muß an den weiteren Begriff des Sondervermögens, bzw. der *universitas juris* angeknüpft werden, um dem vorliegenden Verhältnisse gerecht zu werden».

²⁶⁴ *Ivi*, pp. 14-15. Il riferimento era in particolare al condizionamento derivante dal §. 90 del BGB: «Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände».

²⁶⁵ Precisamente, L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische Untersuchungen über sein Wesen, die Bedingungen seiner Übertragbarkeit und seine vermeintliche Zugrifflichkeit*, III, in «Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis», 27, 1909, pp. 881-896 e 977-992, ma anche *Das Unternehmen*

essenziale era e rimaneva la totalità, il complesso unitario creato e tenuto insieme dallo scopo economico²⁶⁶. E tale compattezza, la forza capace di tenere insieme in un tutto unitario il complesso eterogeneo di beni e persone, discendeva direttamente, sotto il profilo giuridico non meno che sotto quello economico, da quel che Ohmeyer battezzava l'«Imponderabile der Organisation»²⁶⁷; vale a dire, come sottolineava Oskar Pisko (1876-1939), l'«Organisation der Produktionsmittel», che si manifestava nelle tecniche di confezionamento, nei canali di credito, nell'approvvigionamento delle materie prime, nell'ordine impresso ai fattori di produzione, nella gestione delle macchine, nella conservazione delle scorte di magazzino, nella creazione di un gruppo di collaboratori e di corrispondenti, nell'assunzione e nella formazione di personale, nell'introduzione di un ordine di servizio per le relazioni aziendali²⁶⁸. Donde discendevano, per usare le parole di Geller, fattori diversi come la «Besitzenergie», la «Qualität der Kundbarkeit», il «Kapazitätsfaktor», l'«Intensitätsfaktor», la «Geneigtheit»²⁶⁹.

und seine Beziehung, cit., pp. 38-70, osservava che l'«Unternehmen» poteva avere finalità e oggetti diversi: «Produktionsunternehmungen», «Arbeitsunternehmungen», «Sachgebrauchsleistungen», «Kombinierte Unternehmungen», «Bankunternehmungen», «Versicherungsunternehmungen»; distinguersi per il profilo soggettivo: «Einzelunternehmen» (imprenditore persona fisica, ditta individuale), «Gesellschaftliche Unternehmungen» (società in nome collettivo, società a responsabilità limitata, società per azioni, società in accomandita per azioni), «Genossenschaftliche Unternehmungen» (associazioni di persone, ma anche associazioni di associazioni), «Gebietskörperschaftliche Unternehmungen» (enti territoriali, associazioni regionali); caratterizzarsi per i fattori di capacità produttiva: soggettivi (qualità personali, competenze tecniche, specializzazione artistica), oggettivi (macchine, animali, denaro, beni mobili, edifici, terreni); qualificarsi per il suo rapporto con il potere pubblico: «Freie Unternehmungen», esenti da provvedimenti autorizzatori, e «Verliehene Unternehmungen», che richiedevano un'approvazione preventiva o una concessione dell'autorità statale; differenziarsi in ragione dell'elemento temporale: «Unternehmen» occasionali o temporanei, come quelli che operavano tramite contratti d'opera, compravendite e locazioni, e «Unternehmen» continui o permanenti; differenziarsi infine in ragione dell'elemento spaziale: «Stehende Unternehmungen» e «Ambulante Unternehmungen».

²⁶⁶ «Auch im juristischen Sinne» – spiegava infatti K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 20 – «stellt das Unternehmen eine durch den wirtschaftlichen Zweck geschaffene und getragene Einheit dar». E poco dopo: «der wirtschaftliche Zweck also, der Betrieb zum Zwecke der Produktion oder des Handels schafft und charakterisiert den Unternehmensbegriff als rechtliche Einheit, er begründet die universitas juris, als welche wir das Unternehmen erklären» (*ivi*, p. 21).

²⁶⁷ *Ivi*, p. 20.

²⁶⁸ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 19.

²⁶⁹ L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., II, pp. 6-9, ma anche, successivamente, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 22-25. La capacità dell'impresa, in particolare, comprendeva tre profili collegati: «1. ihren subjektiven Träger – den Unternehmer, der sowohl eine Einzelperson wie

La proprietà, gli atti di commercio, i rapporti tra individui passavano in secondo piano di fronte all'«unità giuridica» dell'«Unternehmen», che in virtù dello scopo economico e dell'organizzazione unificante diventava esso stesso, quale complesso unitario e al di là dello stato giuridico delle singole parti, un «*einheitliches Rechtsobjekt*» dell'ordine giuridico. Non già un oggetto ideale, astratto e fittizio, ma un bene reale, comprendente beni economici, cose materiali, fattori tecnici, rapporti giuridici, diritti e valori, collegati da un'organizzazione che imprimeva loro una destinazione imprenditoriale e che al tempo li costituiva in «*Rechtseinheit*», differenziando ciascuna parte, la loro somma e la loro molteplicità, dal tutto unico dell'«*Unternehmen*»²⁷⁰. Crollava, per la prima volta, grazie al lavoro in profondità di Ohmeyer, Pisko, Müller-Erzbach, Isay e Geller, la visione «atomistica», molecolare, individualistica e pulviscolare del diritto commerciale; si chiudeva, per dirla con uno dei protagonisti, «*mit der atomistischen Auffassung des Unternehmens als eines bloßen Konglomerats von Sachen und Rechten*»²⁷¹.

eine Gesellschaft, eine Genossenschaft, ein Gebietsverband, kurz, ein Kollektivsubjekt verschiedener Verfassung sein kann; 2. die spezifischen Inhalte ihrer polaren Willenzustände, nämlich: a) des Erwerbstrebens, das – in der Epoche der Geldwirtschaft – zwar in der Regel auf Geld gerichtet ist, in thesi jedoch auch auf etwas anderes gerichtet sein kann, dann b) der Umsatzbereitschaft – den Gegenstand des Angebots, der eine individuell oder generell bestimmte Sache, der Gebrauch oder Genuß einer solchen, eine Dienst- oder Arbeitsleistung oder eine Kombination von Sach-, Gebrauchs- und Arbeitsleistungen sein kann; 3. das dem Subjekte zur Verfügung stehende Mittel, worauf sie beruht – den Produktionsfaktor, der in einem Sachgute oder einem Inbegriffe von Sachgütern, in persönlicher Energie sowie in einer Kombination von sachlicher und persönlicher Energie bestehen kann. Jeder dieser Bestandteile ist an der Funktion der Unternehmenskapazität in seiner spezifischen Weise beteiligt» (*Das Unternehmen und ihre Beziehung*, cit., p. 29).

²⁷⁰ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 22-23, a tal proposito, precisava, «um einem Mißverständnis vorzubeugen», che «das Unternehmen als einheitliches Rechtsobjekt ist auch uns nicht ein ideelles Begriffsganze, ein fingiertes, künstliches Rechtsobjekt, welches nur in der Gedankenwelt existiert – mit der herrschenden Lehre erachten wir solche Erweiterung des Begriffes „Rechtsobjekt“ für unhaltbar – sondern wir gehen auf die im Unternehmen enthaltenen wirtschaftlichen Güter, die körperlichen Sachen, die Forderungs- und anderen Rechte, die einzelnen Betriebsbefugnisse und die sonstigen Vermögenswerte, die im Unternehmen enthalten sind, zurück». E R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 45-46: «außerdem aber entsteht nur durch die Schaffung eines Organismus von Produktionsmitteln ein von der Person unabhängiges Rechtsgut»; «in dem Begriff des Organismus sind folgende drei Merkmale enthalten: die Personen und wirtschaftlichen Güter, welche das Unternehmen bilden, müssen erstlich dauernd miteinander vereinigt sein. Ferner müssen sie einem und demselben Zweck (nämlich dem Erwerbe des Unternehmers) dienen, einem einzigen Willen gehorchen. Und endlich muß diese Zweckbestimmung auch in dem Gefüge der Unternehmensbestandteile zum Ausdruck kommen; sie darf nicht ein bloß subjektiver Gedanke des Unternehmers bleiben, sondern muß ein dem Unternehmen immanentes Immaterialgut werden».

²⁷¹ R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 37.

5. Da un piano oggettivo ad uno soggettivo: il «Recht am Unternehmen»

A partire da queste considerazioni, la scienza giuridica iniziava ad ipotizzare l'esistenza di un autonomo diritto soggettivo sull'«Unternehmen» e a configurare l'«Unternehmen» «quale oggetto di diritti e di negozi giuridici»²⁷². L'idea di un complesso giuridico unitario suggeriva a Isay la necessità di riconoscere, a fianco di singoli diritti (di proprietà, di credito, di privativa, etc.), un unico diritto soggettivo che comprendesse l'insieme e lo riconducesse ad unità²⁷³. Ogni enumerazione di beni, infatti, avrebbe fatto difetto

²⁷² Così O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 5-9. Una prospettiva filosofica, interessante anche se a tratti forse eccessivamente teorica, sull'«Unternehmen» come oggetto giuridico, segnatamente come «Gegenstandseinheit», visto sotto il profilo – ora antropologico, ora esistenziale e ora patrimoniale – del rapporto fra uomo e uomo, uomo e bene, persona e cosa, ma anche fra l'intero e le sue parti, è quella proposta da F. BRECHER, *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Rechts-theoretische Grundlegung*, Röhrscheid, Bonn 1953. In ultima analisi, come dallo stesso Autore sintetizzato, il tentativo mira «aus der Kategorie der Gegenständlichkeit die Gegenstandsqualität des Unternehmens, aus dem Wesen der Gegenstandseinheit seinen Charakter als Obereinheit und aus der voluntaristisch-utilitaristischen Einstellung des Subjektes seine individuelle Eigenart zu entwickeln» (*ivi*, p. 128).

²⁷³ A tal fine, R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 21, argomentava che «das Unternehmen ... ein Inbegriff von Sachen und Rechten [ist], oder, natürlicher und wirtschaftlich richtiger gesprochen, es ... ein Inbegriff von Produktionsfaktoren, von Wirtschaftsgütern und Menschen („Natur, Kapital und Arbeit“) [ist]. Das läßt sich nicht bestreiten. Ein Unternehmen ist, sofern man es ganz nüchtern und ohne Spitzfindigkeit ansieht, ein Aggregat von Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Rohstoffen, Waren, Bargeld, Arbeitern, Ingenieuren, Reisenden, Buchhaltern, Pferden, Wagen, Automobilen, Bahnanschlußgleisen, Schiffen, Erfindungen, Warenzeichen, Wechseln, Effekten, Kundenforderungen usw. usw. Diese Aufzählung genügt schon, um es ganz widersinnig erscheinen zu lassen, daß alle diese disparaten Dinge von einem einzigen subjektiven Rechte umspannt und dadurch zu einer Einheit zusammengeschweißt werden sollten». «Die Existenz eines besonderen subjektiven Rechts am Unternehmen» – Isay aveva già chiarito (*ivi*, pp. 13-14) – «kann selbstverständlich nur dann anerkannt werden, wenn das Unternehmen auch wirklich ein selbständiges, schutzfähiges Rechtsgut ist, welches sich in das System der nach unserem Rechte anerkannten Rechtsgüter harmonisch einfügt. Sie wäre zu leugnen, wenn man in dem Unternehmen nichts weiter zu erblicken hätte, als etwa ein Aggregat von Gütern oder von Tätigkeiten». A favore di questa tesi, d'altronde, sembravano deporre, come rilevava lo stesso Isay (*ivi*, p. 13), norme come il §. 14 del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* tedesco del 7 giugno 1909, che, vietando e sanzionando il comportamento dannoso di chi avesse diffuso notizie false sul conto di altro esercizio commerciale, apprestava una tutela all'«Unternehmen» unitariamente inteso: «wer zu Zwecken des Wettbewerbs über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, daß die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe. ¹¹ Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse,

nella menzione dell'elemento più importante: la catena spirituale, il vincolo immateriale che teneva insieme, in un corpo unico, le singole parti. Non bastavano una fabbrica, delle macchine, delle materie prime e degli operai per fare un «Unternehmen», né un mucchio disordinato di beni e di persone; occorreva che i mattoni facessero un edificio, che i singoli punti fossero in relazione reciproca, che le macchine si collegassero, che i lavoratori coordinassero le prestazioni, che i luoghi e i trasporti si intrecciassero, che tutte le parti si volgessero al medesimo fine, che tutto, infine, fosse armonicamente governato da «un elemento spirituale», da un criterio unificante, da una «organisatorische Idee»²⁷⁴. L'«Unternehmen» era un'opera d'arte, una creazione geniale, un prodotto del più sagace lavoro spirituale²⁷⁵. Ed era questo bene immateriale, questo elemento spirituale, questo impianto organizzativo a costituire, nella sua unità e nella sua unicità, l'oggetto dell'unitario «Recht am Unternehmen»²⁷⁶.

so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen mußte. ⁱⁱⁱ Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung». Cfr. anche D. BAER, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., pp. 288-301. Contro, R. MÜLLER-ERZBACH, recensione a R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 425.

²⁷⁴ Così sempre R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24, il quale spiegava: «trotzdem ist nach deutschem Recht ein einheitliches Recht am Unternehmen möglich, und zwar als Recht an einem Immaterialgut, das sich in dem Unternehmen verkörpert. Denn ein Unternehmen erschöpft sich nicht in den verschiedenen Bestandteilen, die wir oben aufgezählt haben; bei jener Aufzählung fehlte das Wichtigste, nämlich das geistige Band, welches die Teile zusammenhält. Wer sich ein Fabrikgrundstück kauft, irgendwelche ganz disparate Maschinen und Rohstoffe anschafft und eine Anzahl Arbeiter engagiert, hat sich kein Unternehmen gegründet; ein Haufen zusammengewürfelter Sachen und Menschen bildet kein Unternehmen. Vielmehr ist das Unternehmen ein kunstvolles Gebäude, bei dem nach wohlwogener Gesichtspunkten ein Glied zum andern gefügt ist. Alle Bestandteile müssen zusammenwirken zu dem einen Zweck, der das Unternehmen beherrscht. Die Maschinen müssen ineinandergreifen, derart, daß ein Stück, welches sie alle passiert hat, zum fertigen Produkt umgeschaffen ist. Die Arbeiter und Angestellten müssen sich in ihren Leistungen und Fähigkeiten ergänzen und nach einem einheitlichen Plan arbeiten. Das Unternehmen muß sich den vorhandenen Naturbedingungen, der örtlichen Lage, der Bodenbeschaffenheit und den Bodenschätzen sowie den Transportbedingungen anpassen. Und es muß sich auch einordnen in den allgemeinen Gang der Volkswirtschaft und hier eine, wenn auch nicht sehr bedeutsame, so doch immerhin wesentliche Funktion verrichten» (*ivi*, pp. 23-24).

²⁷⁵ Esattamente in questi termini R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24: «ein Unternehmen ist gleichfalls ein Kunstwerk, eine geniale Schöpfung, ein Produkt scharfsinnigster geistiger Arbeit».

²⁷⁶ Era ancora R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24, a chiarire che «es ... hiernach keinem Zweifel unterliegen [dürfte], daß in dem Unternehmen, in dem Komplex von Personen und Wirtschaftsgütern eine organisatorische Idee, ein Immaterialgut enthalten ist, das den ihm vom Reichsgericht gewährten Schutz in höchstem Grade verdient. Dieses Gut, das der Unternehmer durch seine Arbeit geschaffen hat, ist der Gegenstand des Rechts am Unternehmen».

Come ogni altro bene immateriale, naturalmente, anche l'«Unternehmen» si sarebbe poi di volta in volta manifestato, al pari delle invenzioni, delle opere d'arte e dei segni distintivi, in elementi materiali, ma nessuno avrebbe mai pensato di risolvere il bene immateriale nelle sue occasionali estrinsecazioni materiali, né di identificare il corrispondente diritto sul bene immateriale con i singoli diritti sugli elementi materiali. Una cosa erano i diritti sulle macchine, sulle merci, sulle materie prime, nei rapporti di lavoro e nei rapporti con i fornitori; un'altra cosa era il diritto sull'«Unternehmen» unitariamente considerato: il «Recht am Unternehmen» era altro dall'«Eigentum an den Unternehmensbestandteilen»²⁷⁷. Esso si estendeva anche e soprattutto a quegli elementi immateriali che dell'«Unternehmen» facevano un tutto unitario, quelle «Chancen» che connotavano l'impresa, ne determinavano l'identità sostanziale, le potenzialità e l'attrattività dinanzi al pubblico, ai consumatori, alla clientela: innanzitutto l'organizzazione; in secondo luogo il patrimonio di esperienze, conoscenze e professionalità accumulatosi negli anni da una generazione di imprenditori, impiegati e operai all'altra; infine i rapporti con i fornitori e con la clientela, e sotto questo punto di vista la reputazione, la fama, la visibilità, il prestigio, il nome e il credito dell'esercizio commerciale²⁷⁸. Tutto questo, che qualificava un bene unitario e che aveva un valore autonomo, costituiva uno specifico insieme di «Immaterialgüter», l'oggetto di un diritto soggettivo che non faceva capo alla persona dell'imprenditore, all'«einzelne zum Unternehmen gehörige Individuum», ma all'«insieme delle persone e dei beni economici racchiusi nell'Unternehmen»²⁷⁹.

²⁷⁷ *Ivi*, p. 28.

²⁷⁸ «Unter den Chancen» – precisava R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 30-31 – «kann man im wesentlichen drei Gruppen unterschieden. Die eine Gruppe wird gebildet durch die zweckmäßige Einrichtung und Gliederung des Unternehmens, also dasjenige, was wir als „Organisation“ bezeichnet und bisher geflissentlich allein besprochen haben. Zur zweiten Gruppen gehören die Erfahrungen, welche in jedem Unternehmen allmählich angesammelt und durch mündliche und schriftliche Tradition von einer Generation der Inhaber, Angestellten und Arbeiter auf die andere als wertvoller Schatz vererbt werden. Es sind dies die Kenntnis der Bezugsquellen und der Kunden, besonders günstiger Fabrikations- und Arbeitsmethoden usw., kurz all das, was man im allgemeinen als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet, wenn es auch für unsere Zwecke keineswegs begriffswesentlich ist, daß diese Kenntnisse und Erfahrungen geheim gehalten werden. Zur dritten Gruppe endlich gehören die Beziehungen zu Lieferanten und Kunden, Ruf, Ansehen und Kredit des Geschäfts».

²⁷⁹ *Ivi*, p. 31.

Il titolare del diritto, di conseguenza, non era più il «Kaufmann» in senso tradizionale, l'individuo proprietario delle merci, ma colui, persona fisica o giuridica, in nome del quale veniva esercitato l'«Unternehmen», con l'assunzione del corrispondente rischio d'impresa e l'aspettativa del più largo profitto: poteva essere l'affittuario, l'usufruttuario, il curatore fallimentare, l'amministratore giudiziario, l'acquirente, l'erede²⁸⁰. Era un'impostazione nuova, che sovvertiva la logica individualistica del diritto commerciale e la concezione dominicale del diritto patrimoniale, distinguendo nitidamente fra proprietà e gestione dell'«Unternehmen», fra «Kaufmann» e «Unternehmen», fra i diritti del primo, che erano individuali, e quelli del secondo, che erano patrimoniali, fra la reputazione dell'uno e quella dell'altro, fra la clientela dell'uno, che si basava sul valore e sulle capacità individuali della persona, e quella dell'altro, che si basava sull'organizzazione e sulla forza del capitale²⁸¹. Il «Recht am Unternehmen» dava protezione all'«Unternehmen» in sé, indipendentemente dal titolare dell'esercizio commerciale, andava a completare quel «diritto della personalità» che parte della dottrina riconosceva a ciascun commerciante in relazione all'attività da lui esercitata²⁸².

²⁸⁰ Cfr. R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 67-70. «Dem Nießbraucher, dem Pächter und selbst einem völlig rechtlosen Inhaber» – spiegava ancora Isay – «steht daher das Recht am Unternehmen zu. Das ist auch ganz in der Ordnung. Denn ihnen, nicht dem Eigentümer der zum Geschäft gehörigen Sachen, dient die Organisation des Geschäfts, sie benutzen die Erfahrungen und Geschäftsgeheimnisse, ihnen folgt die Kundschaft. Nicht die Eigentümer, sondern sie selbst sind somit Träger der im Unternehmen verkörperten Rechtsgüter, und sie müssen daher auch in der Lage sein, letztere gegen Verletzung von dritter Seite zu schützen, da sie in erster Linie durch den unlauteren Wettbewerb der Konkurrenten geschädigt werden» (*ivi*, pp. 70-71).

²⁸¹ *Ivi*, p. 32. La clientela del «Kaufmann» era semplicemente «eine persönliche Eigenschaft des Geschäftsinhabers, genau so, wie seine Ehre oder sein persönlicher Kredit, und sie ist daher als reines Persönlichkeitsgut möglicherweise Gegenstand eines Individualrechts, aber ein selbständiges, veräußerliches Rechtsobjekt ist sie zweifellos nicht; sie hängt an der Person des Inhabers und erlischt mit ihr», mentre quella dell'«Unternehmen» «seit der modernen Verkehrsentwicklung weitaus häufigere Art der Kundschaft dagegen ist eine Eigenschaft des Unternehmens und wird daher gleichfalls durch das Recht am Unternehmen mit umfaßt» (*ibidem*).

²⁸² «Das Recht am Unternehmen» – concludeva R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 16 – «ergreift dagegen ein außerhalb der Persönlichkeit liegendes Gut. Es besteht daher so lange, als dieses noch vorhanden ist, überdauert eine etwaige Betriebseinstellung und kann ohne Schwierigkeit auf andere übertragen werden. Das Recht am Unternehmen gewährt also Schutz, wo das Betätigungsrecht versagt. Weitere Fälle der Art werden wir noch kennen lernen». Sulla definizione in termini di «Individualrechte» (Kohler) dei diritti dell'imprenditore sull'attività d'impresa e sui segni distintivi si veda, volendo, F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi*, cit., pp. 99-123.

6. L'«Unternehmen als Rechtsobjekt»: fra valore unitario, protezione, trasferimento, esecuzione

Così configurato, evidentemente, il «Recht am Unternehmen» postulava la determinazione di un valore unitario, che avrebbe rappresentato, di volta in volta, il parametro di riferimento per le innumerevoli occasioni di circolazione e di trasferimento, ma anche di lesione, danneggiamento, fallimento o procedimento esecutivo. L'esistenza di un «Unternehmen», spiegava infatti Pisko, implicava l'impiego di un complesso di beni e l'esercizio di una serie di diritti, i quali, tutti insieme considerati, contribuivano a creare una determinata capacità di produzione e di profitto («Möglichkeit der Produktion», «Erwerbstätigkeit») e generavano «un autonomo valore patrimoniale»²⁸³. In ragione di questa combinazione di capitale e lavoro, di quella che Pisko denominava l'«Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit», l'imprenditore suscitava nel pubblico la convinzione che «i beni prodotti nella sua azienda fossero migliori o comunque più convenienti di quelli prodotti nelle aziende concorrenti»²⁸⁴. Con la conseguenza che chi avesse acquistato o comunque ricevuto un «Unternehmen», lo avrebbe fatto con un'aspettativa di guadagno e di produzione commisurata non già a questo o a quell'altro elemento, ma all'organizzazione nel suo complesso, all'«Organisation der Produktionsmittel», e, più precisamente, all'autonomo «valore patrimoniale» che l'«Unternehmen» presentava, anche nel caso in cui, se si vuole difficile ma non impossibile, mancassero del tutto nell'organizzazione imprenditoriale beni materiali²⁸⁵.

L'organizzazione dell'attività d'impresa, del complesso aziendale, del programma lavorativo, delle macchine e degli attrezzi aveva un valore patri-

²⁸³ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 17.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 16-17. Nello stesso senso R. MÜLLER-ERZBACH, recensione a R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 424, secondo il quale, talvolta, erano i soli rapporti commerciali e le «Chancen» di incrementarli a rappresentare il valore dell'«Unternehmen»: «diese beiden Werte, die vorhandenen Geschäftsbeziehungen und die Chancen zur Anknüpfung neuer Verbindungen, machen bei manchen Geschäften, so bei den eben genannten, geradezu den Hauptwert des ganzen Unternehmens aus. Es zeigt ferner das Unternehmen eine eigentümlich wertsteigernde Tätigkeit darin, daß es die dem Betriebe des Unternehmens dienenden Bestandteile, die Maschinen, Schiffe, Fabriken, Lagerhäuser, Schächte dauernd über dem Verkaufswert, dem meist weit höheren Gebrauchswert, erhält».

moniale unitario, che rappresentava l'essenza stessa dell'«Unternehmen», costituiva il bene da proteggere e poteva essere oggetto di specifici contratti²⁸⁶. La proprietà di singoli beni, l'esercizio di singole attività, l'adempimento di singole prestazioni, la stipula di singoli negozi, l'espletamento di singole mansioni avevano un valore patrimoniale ed un ruolo rilevante, come lo avevano il montaggio dei macchinari e la manutenzione degli attrezzi, ma il successo di un'attività imprenditoriale stava nella realizzazione dell'unità di fabbrica, nel coordinamento giuridico delle parti, dei rapporti, degli accessori²⁸⁷. L'organizzazione dei fattori di produzione, la produttività e le potenzialità di guadagno (non il guadagno effettivo, come precisava Geller, ma quello potenziale) costituivano perciò l'essenza stessa dell'«Unternehmen», il valore da proteggere, il vero corrispettivo del prezzo d'acquisto o del canone di locazione²⁸⁸. Sicché, entrando il «Recht am Unternehmen» nell'ordinamento giuridico con la medesima dignità di ogni altro diritto soggettivo, si rendeva necessaria una considerazione generalissima delle sue possibili manifestazioni, una riflessione ad ampio spettro sulle potenziali occasioni

²⁸⁶ R. MÜLLER-ERZBACH, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, in «Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 64, 1909, pp. 530-549.

²⁸⁷ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 19-20.

²⁸⁸ Al punto che, come spiegava in particolare O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 18, in difetto di tali elementi non avrebbe avuto senso parlare di titolarità di un «Unternehmen», come non avrebbe avuto senso, senza un loro trasferimento, parlare di trasferimento dell'«Unternehmen»: «das wirtschaftliche Leben zeigt nun die Erscheinung, daß jemand, der eine Organisation der Produktionsmittel oder eine gesicherte Absatzgelegenheit geschaffen hat, diese Vorteile unter Umständen einem andern für den von ihm zu beginnenden gleichartigen Gewerbebetrieb überlassen kann. Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit bilden bei Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens die Gegenleistung für den Kaufpreis oder Pachtzins oder den Teil des Preises, der den Wert oder Pachtwert der vorhandenen mitübertragenen Aktiven übersteigt. Sie bilden also den Gegenstand jener Geschäfte, die als Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens bezeichnet werden. Ohne vorhandene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit kann man nur von dem Betriebe, nicht von dem Besitze eines Unternehmens reden; ohne Übertragung der Organisation der Produktionsmittel oder der gesicherten Absatzgelegenheit kann man nicht von einer Übertragung eines Unternehmens reden». Era un punto sul quale molto insisteva anche L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., II, specialmente pp. 5-6, ma anche, successivamente, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 21-22: «das Wesen des Unternehmens liegt demnach nicht in dem Betriebe oder den Erscheinungen, die wir als Betrieb zusammenfassen, sondern in dem, was diese Erscheinungen zusammenfassen und zu einem Betriebe macht. Oder mit anderen Worten: es liegt nicht in dem wirklichen Erwerbe, der sich mit den Umsatzgeschäften vollzieht, sondern in der Erwerbsmöglichkeit, die mit der Umsatzbereitschaft und ihrer Kundbarkeit in dem Publikum, dem sie sich ankündigt, gegeben ist».

nelle quali esso avrebbe concretamente potuto assumere rilievo, ovvero, e meglio, sulle occasioni nelle quali avesse assunto rilievo il suo valore unitario²⁸⁹.

Come ogni altro diritto soggettivo, innanzitutto, il «Recht am Unternehmen» avrebbe dovuto godere nell'ordinamento giuridico di protezione, specialmente se si fosse considerato che si aveva a che fare con un diritto per sua vocazione destinato a entrare in contatto con una massa indefinita di soggetti, a confrontarsi dinamicamente in un'economia di mercato e a rimanere oggetto di quotidiane aggressioni, minacce, danneggiamenti. A tal fine, in linea generale, era possibile ipotizzare – come la giurisprudenza, sotto forma di «Recht am Gewerbebetrieb», aveva cominciato a fare, sia pur a fasi e con punti di vista diversi, fin dai primi anni del Novecento – una protezione discendente dall'obbligo, sancito dal §. 823 del BGB, di risarcire il danno illecitamente recato alla vita, al corpo, alla salute, alla libertà o alla proprietà altrui²⁹⁰. Specialmente in una prima fase, compresa tra il 1900 e il 1909, la giurisprudenza avrebbe così colmato la lacuna lasciata dalla legge contro la concorrenza sleale del 1896, nella quale, in effetti, mancava una clausola generale di protezione²⁹¹.

Poiché, tuttavia, l'«Unternehmen» non era un bene materiale, né era in termini di proprietà che poteva realisticamente risolversi il rapporto fra il titolare dell'esercizio commerciale e l'organizzazione imprenditoriale, né,

²⁸⁹ Cfr. G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand und Anknüpfungspunkt rechtlicher Regelungen in Deutschland. 1860-1920*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen*, cit., specialmente pp. 548-558.

²⁹⁰ §. 823: «wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. ¹ Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein». Sul tema si vedano in particolare R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik*, Mohr, Tübingen 2007, e W. FIKENTSCHER, *Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Eine kritische Übersicht*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages, herausgegeben von K.H. Biedenkopf, H. Coing, E.-J. Mestmäcker, Müller, Karlsruhe 1967, pp. 261-304. Si vedano anche G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand*, cit., pp. 556-558 e R. WIETHÖLTER, *Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, in «Kritische Justiz», 3, 1970, pp. 121-139.

²⁹¹ R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb*, cit., pp. 7- 41, mentre sull'uso del §. 826 BGB pp. 201-223.

ancora, quella del §. 823 rappresentava una norma di portata generale, sarebbe stato meglio articolare in dettaglio le specifiche manifestazioni del nuovo diritto soggettivo. Il suo contenuto, infatti, si concretizzava in primo luogo nel pacifico e indisturbato esercizio dell'attività d'impresa, con tutto ciò che questo implicava in termini di protezione dell'organizzazione, del marchio, della ditta, dell'insegna, dei brevetti, della clientela, della reputazione e delle esperienze, contro atti pregiudizievoli, usi non autorizzati, comportamenti illeciti, concorrenza sleale²⁹².

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, il diritto sull'«Unternehmen» poteva essere leso per effetto dell'uso, da parte di un terzo, dei beni immateriali propri dell'«Unternehmen», come nel caso dello sfruttamento di segreti di fabbrica o dell'uso abusivo dei segni distintivi, ma anche a seguito di un atto di concorrenza sleale, di una lesione all'organizzazione imprenditoriale, perpetrata ad esempio mediante interventi nell'ordine interno, pubblicazione e divulgazione dei segreti di fabbrica, sottrazione della clientela attraverso sviamento o pubblicità ingannevole²⁹³. In questi casi, evidentemente, l'accertamento in sede processuale di un pregiudizio imponeva un risarcimento che prendesse come parametro, ad esempio nel caso di concorrenza sleale, ma anche in quelli più specifici di contraffazione del marchio o di usurpazione della ditta, non già il singolo atto di commercio occasionalmente interessato, né la persona del commerciante, ma il valore unitario dell'«Unternehmen als Ganzes».

Ancor più chiaramente, peraltro, l'unitario «Recht am Unternehmen» si manifestava quando fosse stato fatto oggetto di rapporti giuridici volontari, di negozi giuridici e contratti, specie nei casi di circolazione giuridica. L'«Unternehmen», in quanto «patrimonio speciale», poteva infatti essere oggetto di rapporti giuridici obbligatori, ma poteva più comunemente farsi oggetto di trasferimento, alienazione e cessione, configurandosi quale vero e

²⁹² «Inhalt des Rechts am Unternehmen» – sintetizzava a tal proposito R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 57 – «ist die ungestörte Ausnutzung des Unternehmens, „die ausschließliche kaufmännische Ausbeutung der in dem Unternehmen haftenden Erwerbskraft“. Durch jenes Recht werden die im Unternehmen verkörperten Immaterialgüter, Organisation, Erfahrungen und Kundschaft vor Beeinträchtigung und Vernichtung, sowie vor der Benutzung durch unbefugte Dritte geschützt».

²⁹³ *Ivi*, pp. 57-58. Alcuni nessi tra diritti di privativa, concorrenza sleale e organizzazione imprenditoriale sono messi in luce da E. WADLE, *Gewerbliche Schutzrechte und Unternehmensorganisation*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen*, cit., pp. 343-365.

proprio oggetto del traffico giuridico, da poter sfruttare quindi anche attraverso la cessione a terzi²⁹⁴: la «Unternehmensorganisation», per usare le parole di Ohmeyer, si obiettivizzava «nel collegamento delle singole parti», configurando anche per il traffico giuridico un oggetto unico ed unitario: «das besondere Rechtsobjekt des „Unternehmens“»²⁹⁵.

La successione nell'«Unternehmen», pertanto, non era più – osservava Geller – una «mera illusione», ma una «realtà concreta ed effettiva», che si perfezionava mediante il trasferimento di quegli elementi caratterizzanti, quei «Merkmale», che rappresentavano l'«Unternehmen» e che recavano in dote la clientela²⁹⁶. Tutto stava nell'individuazione di quell'elemento o di quegli elementi che, connotando l'«Unternehmen», avrebbero con il loro trasferimento determinato il trasferimento dell'intero. Occorreva, in altri termini, affinché si realizzasse il trasferimento dell'«Unternehmen», che il dante causa trasferisse quegli elementi economici e quei beni giuridici che avrebbero messo l'avente causa nelle condizioni di esercitare in nome proprio l'attività commerciale²⁹⁷. Il che, evidentemente, non implicava un trasferimento di tutti i beni, tutti i rapporti e tutti i diritti, ma solo degli elementi caratterizzanti l'intero, di quelli, soprattutto, che identificavano l'«Unternehmen» agli occhi del pubblico²⁹⁸. Poiché, però, ciascun «Unternehmen» aveva una

²⁹⁴ Sempre secondo R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 41-42, «daher ist das Unternehmen ein Inbegriff von Rechten mannigfaltiger Art, von Eigentums-, Forderungs-, Patent- und Zeichenrechten, also eine Art Sondervermögen, das zwar nicht rechtlich, aber doch tatsächlich von dem übrigen Vermögen des Inhabers getrennt ist und als Ganzes Gegenstand von Rechtsverhältnissen, vor allem von obligatorischen Rechtsgeschäften, sein kann». In conseguenza di ciò, come spiegava O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 19, «das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einem Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann».

²⁹⁵ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

²⁹⁶ L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., *Schluß*, in «Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis», 28, 1910, p. 985.

²⁹⁷ «Wer das Recht an seinem Unternehmen auf einen anderen übertragen will» – spiegava infatti R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 72 – «muß diesen dergestalt in den Besitz der das Unternehmen bildenden wirtschaftlichen Güter setzen, daß der Erwerber nunmehr in der Lage ist, das Unternehmen auf seinen eigenen Namen zu betreiben».

²⁹⁸ Come scriveva L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., *Schluß*, p. 985, occorre trasferire «das Unternehmen in seiner objektiven Erscheinung, nach wie vor dem Subjektswechsel in die Wahrnehmung des Publikums als das nämliche ..., so bewahrt es eben seine Kontinuität, und der Subjektswechsel bedeutet nur eine Nachfolge in das Unternehmen».

sua specifica identità, non era possibile stabilire una volta per tutte quali fossero i beni da trasferire, ma solo enunciare il principio per cui occorreva trasferire gli specifici valori che rappresentavano l'«Unternehmen», vale a dire, di volta in volta, l'organizzazione, per la quale potevano essere importanti gli impianti di produzione e i lavoratori; il patrimonio di esperienze, per il quale erano determinanti il personale e le scritture; infine la clientela, per la quale erano fondamentali i negozi, il marchio e la ditta²⁹⁹.

La consonanza di opinioni, anche su questo specifico punto, era completa. Il trasferimento dell'«Unternehmen», secondo Pisko, determinava il passaggio all'avente causa non di alcuni beni, né di singoli contratti, ma di una «Organisation der Produktionsmittel», in virtù della quale il nuovo titolare avrebbe potuto contare non solo su un complesso ordinato di «fattori materiali di produzione», ma anche e soprattutto su una collaudata «organizzazione della forza lavoro»³⁰⁰. Insieme alle cose, agli immobili e alle macchine, infatti, passavano nel patrimonio dell'avente causa anche i rapporti giuridici, e fra essi i rapporti di lavoro con operai, impiegati, collaboratori. Non contava, evidentemente, che verso il nuovo imprenditore “trasmigrassero” singolarmente tutti i lavoratori, giacché gli eventuali vuoti lasciati da alcuni sarebbero stati riempiti dall'assunzione di altri, senza che tale ricambio potesse alterare l'«organizzazione comune della forza lavoro» e con essa l'identità dell'«Unternehmen»³⁰¹.

²⁹⁹ «Welche Elemente im einzelnen Falle ausreichen» – confermava infatti R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 74 – «läßt sich kaum allgemein sagen, denn die konkreten Verhältnisse sind zu mannigfaltiger Natur. Wo der Wert des Unternehmens besonders in seiner vorzüglichen Organisation besteht, da wird die Übertragung der Fabrikeinrichtung und die Übernahme des Personals von großer Bedeutung sein. Die Übernahme des Personals sowie ferner der Handelsbücher, Zeichnungen und Rezepte ist wesentlich für den Erwerb der Geschäftserfahrungen. Der Erwerb der Kundschaft endlich hängt häufig von dem Erwerb des Ladens, der Firma und der Warenzeichen ab. Doch lassen sich irgendwelche allgemeinen Regeln hierüber nicht aufstellen».

³⁰⁰ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

³⁰¹ Il ragionamento della scienza giuridica, in particolare di O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 24, era anche sul piano logico ineccepibile: «wird aber das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal fortgesetzt, so erfolgt die Weiterleistung der Dienste naturgemäß im Rahmen der Organisation, die der frühere Prinzipal seinem Betriebe gegeben hat; die Organisation bleibt also auch für den Nachfolger erhalten und für ihn verwertbar, und zwar auch dann, wenn gegen die begründete Erwartung einzelne Angestellte das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal nicht fortsetzen; derartige Lücken lassen sich immer leicht ergänzen, ohne daß die Gesamtorganisation der Arbeitskräfte in ihrem Bestande alteriert wurde. Was von den Dienstleistungen der Angestellten gesagt wurde, gilt auch für die Personen, die, ohne in einem ständigen Dienstverhältnisse zum Prinzipale zu stehen, einem bestimmten Unternehmen ihre Arbeit bloß gelegentlich widmen, wie z.B. die ständigen Mitarbeiter einer Zeitung».

Trasferimento dell'«Unternehmen» significava trasferimento della «Organisation», ma significava, più precisamente, «trasferimento della sua capacità di vendita», del suo avviamento, delle sue potenzialità, della sua clientela, vale a dire, in concreto, di quell'elemento o di quegli elementi dell'organizzazione imprenditoriale che rendessero possibile la prosecuzione dell'esercizio commerciale e consentissero al pubblico la sua identificazione³⁰². Di regola, peraltro, il trasferimento si sarebbe perfezionato con la trasmissione all'avente causa di quei fattori che tipicamente formavano l'organizzazione produttiva, come gli impianti, i locali aziendali, il nome commerciale, l'insegna e il marchio, ma talvolta poteva accadere che bastasse molto meno, che non fosse necessario il trasferimento di fattori di produzione materiali o che l'individuazione dell'«Unternehmen» passasse da elementi diversi dal nome commerciale, come nel caso di un albergo, i cui locali, a differenza di quanto accadeva per gli uffici di una banca, erano per la clientela fondamentali, o come per una farmacia o per un *Cafè*, riguardo ai quali i clienti solitamente non conoscevano il nome dell'imprenditore ma solo quello degli stabilimenti, o come nel caso di un giornale, il cui proprietario era quasi sempre sconosciuto ai lettori e per il quale erano invece essenziali la testata e il gruppo di giornalisti³⁰³. Nemmeno il trasferimento del

³⁰² *Ivi*, pp. 23-30. «Das Wesentliche» – si legge anche nell'*Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, herausgegeben von H. Makower, cit., p. 112 – era «die Übertragung der Organisation», mentre talvolta «die etwaige Mitveräußerung körperlicher Gegenstände ist dann nur ein nebensächlicher Bestandteil des Vertrages», dal momento che solo «diejenigen Bestandteile ... mitübertragen werden [müssen], die für die Fortführung des Handelsgeschäfts sind»; perciò «ein Geschäft ist auch dann erworben, wenn nur die Waren und die etwa vorhandenen Forderungen, nicht aber die Schulden (oder nur die Waren und die etwa vorhandenen Schulden, nicht aber die Forderungen, ROH. 2 154) übernommen werden».

³⁰³ «Zu beachten ist aber» – a tal proposito avvertiva O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 28-29 – «daß nicht immer dort, wo in einem Gewerbebetriebe eines der genannten Momente vorkommt, dieses einen das Gewerbe gegenüber dem Publikum individualisierenden Faktor mit der Wirkung bilden muß, daß die Neigung des Publikums, die in dem Gewerbebetrieb erzeugten Leistungen entgegenzunehmen, gerade an dieses Moment geknüpft ist. So wird bei einem Bankiergewerbe das Lokal, in dem die Bureaus untergebracht sind, für die Erhaltung des Kundenkreises kaum von Bedeutung sein; das Gegenstück bildet der Betrieb eines Gasthauses, bei dem die Erhaltung des erworbenen Kundenkreises von der Identität des Betriebslokales abhängig ist. Auch die Firma ist nicht immer der Faktor, der einen Gewerbebetrieb gegenüber dem Verkehr individualisiert; bei Apotheken, Gasthäusern, Kaffeehäusern hat sich das Publikum gewöhnt, nur auf den Etablissemensnamen zu sehen und den bürgerlichen Namen oder die Firma des Unternehmens nicht zu beachten. Bei Zeitungsunternehmungen ist in der Regel die Firma des Eigentümers dem Publikum völlig unbekannt. Auch bei Gewerbebetrieben anderer Art ist in einzelnen Fällen in der Vorstellung des Publikums nicht der Name, die Firma des Gewerbetreibenden,

nome commerciale, vietato dalla legge se non collegato al corrispondente «Unternehmen», sarebbe stato sempre idoneo «a trasmettere la capacità di vendita»³⁰⁴.

Infine, il «Recht am Unternehmen» assumeva rilievo «als Befriedigungsmittel», quale mezzo di soddisfazione di pretese creditorie, attuali o potenziali, individuali o collettive, in tutte quelle circostanze nelle quali l'unitarietà dell'«Unternehmen», la sua «Rechtseinheit», il suo essere «Rechtsgut» e dunque il suo generare un valore patrimoniale diverso da quello delle singole parti, potessero avere un peso, più o meno determinante, nel risolvere le sorti di un rapporto obbligatorio. Era il caso del fallimento, che in forza della *Concursordnung* austriaca e della *Konkursordnung* tedesca si estendeva al bene «Unternehmen» unitariamente considerato, ma anche dell'esecuzione forzata, che, come dimostrava Pisko occupandosi dell'«Unternehmen» «als Executionsobjekt», colpiva l'insieme dell'unità organizzata ed ogni sua parte³⁰⁵; ma soprattutto del diritto di pegno, che avrebbe potuto costituirsi a favore di un creditore comune, come un fornitore o un locatore, ma anche, con una funzione centrale per l'economia industriale, a favore di un istituto di credito per la concessione di un finanziamento³⁰⁶.

Dalla vendita alla locazione, dal pegno al fallimento, l'«Unternehmen», quale unità giuridica, si configurava, pertanto, come un «Rechtsobjekt», che

sondern nur der Name des Etablissements lebendig und knüpft sich die Grundlage des sicheren Absatzes bildende Vorstellung, in diesem Gewerbebetriebe geeignete Produkte zu erhalten, nur an die Bezeichnung des Etablissements».

³⁰⁴ *Ivi*, p. 29.

³⁰⁵ *Ivi*, pp. 5-9. In Austria l'esecuzione forzata sull'«Unternehmen» era possibile grazie ai §§. 341 ss. della *Executionsordnung*; in Germania, invece, il diritto vigente non l'ammetteva, sicché la scienza giuridica, a cominciare da Isay e Müller-Erzbach, auspicava una modifica legislativa nel senso della disciplina austriaca. «Ebenso scheint mir» – osservava in proposito R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 198 – «auch die Einführung einer Zwangsvollstreckung in das Unternehmen erstrebenswert zu sein, wenn auch nicht so unbedingt wie die des Pfandrechts. Nach geltendem Recht ist die Zwangsvollstreckung in das Unternehmen als solches, abgesehen von dem Fall des Konkurses, noch unmöglicher als die Begründung eines pfandrechtsähnlichen Verhältnisses». Dello stesso avviso R. MÜLLER-ERZBACH, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, cit., pp. 546-549. In merito a «die „Execution auf Unternehmungen“ – ein gesetzgeberisches Abenteuer» cfr. L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 132-171. Per un approfondimento di questi aspetti sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 194-204.

³⁰⁶ G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand*, cit., pp. 553-554.

non si lasciava inquadrare in nessuno dei due gruppi di cose che l'ABGB aveva previsto, né in quello delle «körperliche Sachen», né in quello delle «unkörperliche Sachen», vale a dire i «Rechte»³⁰⁷. La previsione del §. 433 del BGB, che menzionava soltanto «cose e diritti come oggetti del contratto di compravendita», non poteva, sotto questo profilo, leggersi come una tassativa enumerazione dei beni suscettibili di trasferimento, ma come un generico enunciato, al quale faceva ricorso il legislatore in sede di determinazione degli obblighi del venditore³⁰⁸; sicché la circolazione del «Recht am Unternehmen», a prescindere dalla separata vendita di singole parti, avrebbe potuto aver luogo, *uno actu*, in virtù di ogni genere di trasferimento, sia *inter vivos* che *mortis causa*, sia a titolo gratuito che a titolo oneroso, per effetto di una cessione, di una successione ereditaria, di una locazione, di un usufrutto, ma anche nell'eventualità di trasferimento coattivo, come nei casi di fallimento ed esecuzione forzata³⁰⁹.

7. L'«Unternehmen» fra guerra e dopoguerra: espansione di un contenitore, ramificazione di un paradigma, moltiplicazione di concetti

Nel 1920, ancora forte l'eco del conflitto mondiale e da poco firmato il trattato di Versailles che avrebbe umiliato la Germania fino a produrre nel lungo periodo conseguenze inimmaginabili, un ragazzo di appena 26 anni, Hellmuth Reiche, registrava, nella sua dissertazione per l'addottoramento, le sparse voci, in dottrina e in giurisprudenza, che si levavano contro «la necessità e l'utilità» di un diritto soggettivo sull'«Unternehmen»³¹⁰. Al termine del

³⁰⁷ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 47.

³⁰⁸ §. 433: «durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. ¹¹ Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen».

³⁰⁹ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 88-173.

³¹⁰ H. REICHE, *Das Recht am Unternehmen*, Poettke, Greifswald 1920. Le notizie biografiche ci giungono dallo stesso Reiche, che in calce al suo libello riportava un breve *curriculum vitae*: nato a Berlino il 13 luglio del 1894, aveva frequentato nella città natale la scuola e il ginnasio, prima di intraprendere gli studi giuridici. Nel 1914, al prorompere della prima guerra mondiale, era partito volontario, interrompendo così quella carriera universitaria che avrebbe ripreso a Berlino nell'anno accademico 1918/1919, fino alla laurea presso l'università di Greifswald.

suo libello, il giovane giurista tedesco concludeva che in base al diritto vigente non c'era alcun punto fermo per l'accoglimento «eines absoluten Rechts am Gewerbebetriebe», nessuna giurisprudenza costante, nessuna convergenza in dottrina sull'esistenza, la natura, le dimensioni e gli effetti di questo diritto, e che pertanto, fintantoché si fosse configurato come una «totalità giuridica», mai l'«Unternehmen» avrebbe potuto ricevere autonoma protezione, formare l'oggetto di un contratto ad effetti reali, né, in generale, di un negozio dispositivo³¹¹: il «Kaufmann», «all'occorrenza», avrebbe potuto beneficiare solo della tutela apprestata dalla legge e segnatamente di quella contenuta nel §. 1 della legge sulla concorrenza del 1909, oltre, eventualmente, a quella generale dettata dai §§. 823 e 1004 del BGB³¹².

In realtà, tuttavia, le condizioni politiche, sociali, economiche e culturali che erano progressivamente maturate negli ex Imperi centrali durante e dopo la Grande Guerra non autorizzavano a rinunciare così arrendevolmente a una nozione unitaria di «Unternehmen», non inducevano a sminuire l'utilità di una tavola di figure giuridiche per mezzo delle quali filtrare la complessità organizzativa e la dimensione collettiva proprie del modello capitalistico di produzione, né suggerivano di rallentare i ritmi della discussione che ormai da anni gravitava intorno al concetto di «Unternehmen». Se possibile, anzi, andavano affermandosi alcune novità, specialmente sul piano economico e su quello politico, che avrebbero finito in qualche modo per stimolare l'in-

³¹¹ «Angesichts dieser Verhältnisse» – scriveva H. REICHE, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 63-64 – «muß die Existenz eines subjektiven Privatrechts am Gewerbebetriebe verneint werden. Dieser Schluß wird auch bedingt durch die Auffassung des Unternehmens als einer Rechtsgesamtheit. Denn als solche kann das Unternehmen als Ganzes wohl zum Gegenstand obligatorischer Rechtsgeschäfte gemacht, nicht aber mit dinglichen Rechten belastet werden. Insbesondere ist es unmöglich, diesen ganzen, durch die Organisation zusammengehaltenen Komplex verschiedenster Gegenstände mit einem einheitlichen Ausschlußrecht zu umspannen».

³¹² *Ivi*, p. 65. Il §. 1 della legge contro la concorrenza sleale del 7 giugno 1909 aveva finalmente introdotto una «Generalklausel», in forza della quale «wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden». Cfr. il commento di D. BAER, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., pp. 28-53. Del §. 823 del BGB, riguardante l'illecito aquiliano, si è già detto; il §. 1004 riconosceva al proprietario il diritto di chiedere la rimozione del pregiudizio recato alla sua proprietà: «wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. ¹¹ Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist».

teresse verso la sfera industriale e per alimentare la ricerca di un tessuto concettuale in grado di rispecchiare i mutevoli equilibri del sistema economico.

La prima Guerra Mondiale, infatti, aveva ulteriormente rafforzato il ruolo della grande industria e accentuato quel processo di interventismo statale in materia di economia che già la Germania di Bismarck (1815-1898), prima, e di Guglielmo II (1859-1941), dopo, aveva avviato, da un lato determinando un sensibile avvicinamento fra Stato e società, dall'altro favorendo la costruzione dottrinale di uno specifico diritto amministrativo, un diritto industriale, un «Wirtschaftsverwaltungsrecht»³¹³. Già dal 1873, dai tempi del «Kulturkampf» e della «Große Depression», le ragioni di un intervento dello Stato nella sfera economica si erano andate moltiplicando, di pari passo con quelle che denunciavano l'insufficienza degli automatismi liberali, passando per una legislazione sociale e per un corpo di leggi in materia di concorrenza sleale, brevetti, marchi, traffico degli autoveicoli, associazioni, società, borsa, banche, assicurazioni, diritti d'autore, fisco³¹⁴.

³¹³ M. STOLLEIS, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?*, cit., pp. 1-13. Si vedano anche, dello stesso Autore, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 11, 1989, specialmente pp. 134-147, e *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band III, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur. 1914-1945*, Beck, München 1999, pp. 226-234. Sull'avvicinamento, nel segno di una politica di interventismo economico, fra Stato e società nella prima metà del Novecento in Austria e in Germania, ma soprattutto sulla nascita e sulle trasformazioni di un «Verwaltungsrecht» chiamato a ridefinire gli equilibri tra diritto pubblico e diritto privato e a disciplinare una burocrazia fondata su modelli consensualistici, accanto a quelli imperativi, si veda B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano 1987.

³¹⁴ Sull'interventismo statale nell'economia, sotto il profilo politico, storico, giuridico, sociale e filosofico, D. KLIPPEL, *Der liberale Interventionsstaat. Staatszweck und Staatstätigkeit in der deutschen politischen Theorie des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum*, herausgegeben von H. Lück, Köln, Böhlau, Weimar und Wien 1998, pp. 77-103; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band III, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 44-48; U. SCHEUNER und A. SCHÜLE, *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 11, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1954, pp. 1-152; M. VEC, *Interventionsstaat*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von A. Cordes, H. Lück und D. Werkmüller, Schmidt, Berlin 2011, 14. Lieferung, cc. 1279-1283. Si veda anche, volendo, F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico*, cit., in particolare pp. 53-57. Sulle condizioni politiche nelle quali maturarono le scelte di interventismo della Germania, sul programma politico-sociale formulato da Bismarck fin dal 1871 e sulle linee generali dell'intervento legislativo compiuto durante l'età guglielmina nell'industria, nel commercio, nel lavoro e nell'agricoltura, L. GALL, *Bismarck. Der weiße Revolutionär*, Ullstein, Frankfurt am Main/Berlin 1990², specialmente pp. 597-618

Con l'entrata in guerra, tuttavia, lo sforzo richiesto a tutte le componenti del paese, dal legislatore alla scienza giuridica, dall'industria al lavoro, aumentò vertiginosamente, richiedendo una «cooperazione di intensità fino ad allora sconosciuta»³¹⁵. Le commesse di armamenti rappresentarono solo un momento, e neanche il più importante, di un ventaglio di iniziative – dalla creazione di organizzazioni di guerra («Kriegs-Aktiengesellschaft», «G.m.b.H.», «Abrechnungsstelle», «Kriegsausschuß») alla diretta partecipazione dello Stato alle forme societarie tradizionali, dall'intervento in materia di fonti energetiche e di produzione di materie prime all'introduzione di calmieri e misure limitative per il mercato, dalla creazione di una burocrazia di guerra (ministeri, dipartimenti, uffici, divisioni, sezioni) all'imposizione di sequestri e confische – che modificarono, all'insegna di una sempre più fitta commistione tra categorie del diritto pubblico e del diritto privato, la fisionomia dell'assetto giuridico tradizionale, per forza di cose sollecitando una riflessione scientifica ed una sistemazione dogmatica dei nuovi campi del «Verwaltungsrecht», dell'«Industrierecht», del «Sozialrecht» e dell'«Arbeitsrecht»³¹⁶.

e 642-683, nonché, per un primo inquadramento generale in tema di interventismo economico nell'Europa del primo Novecento, A. BRIGGS, *L'economia mondiale: interdipendenza e pianificazione*, in *The New Cambridge Modern History*, vol. XII, *The Shifting Balance of World Forces (1898-1945)*, edited by C.L. Mowat, Cambridge University Press, Cambridge 1968, trad. it. *Storia del Mondo Moderno*, vol. XII, *I grandi conflitti mondiali (1898-1945)*, Garzanti, Milano 1972, pp. 41-96.

³¹⁵ M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates*, cit., p. 143, ma si veda anche, dello stesso Autore, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?*, cit. Cfr. inoltre L. GALL, *Europa*, cit., pp. 72-91.

³¹⁶ Sono fondamentali, a questo proposito, le riflessioni, che costituiscono anche una sorta di resoconto, di E. HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, Elwert, Marburg in Hessen 1921, membro permanente, insieme a Werner Sombart, Wilhelm Franz, Kurt Wiedenfels, Ernst Francke, Otto Göbel, Ernst Tießen, Wilhelm Völcker, Erns Helft, della commissione scientifica del ministero di guerra prussiano. Heymann, prima di illustrare le diverse forme giuridiche dell'intervento statale nell'economia e nell'industria, spiegava come il diritto di guerra avesse interessato il diritto di proprietà e l'espropriazione, il diritto dei contratti, il diritto delle società commerciali e dei sindacati, ma soprattutto «das Recht des Unternehmens und das Arbeiterrecht, daneben Verfassungs- und Verwaltungsrecht, selbst Zivilprozeß und Teile des Strafrechts» (p. 8). L'«Industrierecht des Krieges», in particolare, dimostrava chiaramente che il «Gewerberecht ebenso wie unser Handelsrecht im Kerne Privatrecht ist. Das öffentliche Recht gibt ihm einen Überbau, der in die privatrechtlichen Gebilde nur modifizierend eingreift». Si vedano anche A. NUSSBAUM, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht*, cit., che già nel 1920, oltre ad offrire un quadro della burocrazia, della legislazione e del diritto formati nel corso del conflitto, notava come con la guerra mondiale fosse iniziato «für die ganze Kulturwelt ein neuer Abschnitt der Rechtsentwicklung» e registrava «eine Verschiebung der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht» (p. 1); e sull'evoluzione del rapporto fra Stato, legislazione ed economia, sui lineamenti e sulle nuove prospettive del «Wirtschaftsrecht», fino al Nazionalsocialismo, J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, cit., nonché,

L'«Unternehmen», da questo stato di cose, usciva ulteriormente responsabilizzato, confermandosi quale ideale luogo di incontro fra gli interessi privati «des einzelnen Unternehmers» e quelli «des einzelnen Arbeiters», entrambi affiancati, se non addirittura superati, dall'interesse pubblico della comunità³¹⁷. L'«Industrierecht», come annotava Heymann (1870-1946) nel 1921, era nel pieno di un cambiamento morfologico, che, iniziato nel 1914 con lo sviluppo «unserer militärischen Zwangswirtschaft», imponeva ai giuristi di confrontarsi con le nuove «Rechtsnormen» e le nuove «Rechtsformen» che si erano via via andate innestando nel tronco unitario dell'ordinamento³¹⁸.

Inoltre, la sfera dell'«economico» aveva guadagnato un ruolo, anche sul piano costituzionale, che fino ad allora non aveva avuto o che almeno non le era stato ufficialmente riconosciuto, di modo che, al culmine di questo processo, l'«Unternehmen» finiva con l'intaccare, nell'ambito del diritto patrimoniale, l'indiscusso monopolio del quale godeva la proprietà. Nella Costituzione di Weimar, la *Verfassung des Deutschen Reiches* dell'11 agosto 1919, nata nel mezzo delle correnti antitetiche provenienti dalla tradizione liberale, dalla rivoluzione bolscevica e dal desiderio di cambiamento conseguente alla disfatta bellica, un'intera parte, il *Fünfter Abschnitt*, veniva per la prima volta dedicata al «Wirtschaftsleben», alla sfera economica, ai rapporti che da essa scaturivano e che su di essa si fondavano³¹⁹. Ciò avveniva,

dello stesso Autore, specie per una letteratura sul rapporto fra «Wirtschaftsrecht» e «Krieg», *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 931-932. In generale M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates*, cit., pp. 143-147, e, sulle possibili forme e misure dell'interventismo statale, U. SCHEUNER und A. SCHÜLE, *Die staatliche Intervention*, cit., specialmente pp. 26-45.

³¹⁷ E. HEYMAN, *Die Rechtsformen*, cit., p. 9.

³¹⁸ *Ivi*, p. 5.

³¹⁹ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 232-238. Si vedano anche G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2003, in particolare pp. 77-115; K.W. NÖRR, *Die Republik der Wirtschaft. Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands*, Teil I, *Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Mohr, Tübingen 1999, pp. 12-18; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 132-138; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 597-600. Per un'introduzione storica alla Repubblica di Weimar si vedano almeno A.S. ERUSALIMSKIJ, *Da Bismarck a Hitler. L'imperialismo tedesco nel XX secolo*, vol. I, Editori Riuniti, Roma 1974²; C. KLEIN, *La repubblica di Weimar*, Mursia, Milano 1970; W. LAQUER, *La Repubblica di Weimar*, Rizzoli, Milano 1977; A. ROSENBERG, *Storia della Repubblica di Weimar*, Sansoni, Firenze 1972.

conformemente ai tempi, in una prospettiva pluralistica e socializzante, che, rilevando i profili collettivi e organizzativi della struttura economica industriale, teneva insieme il diritto d'impresa e quello del lavoro, riconosceva la libertà economica e introduceva la categoria dei diritti sociali, sanciva la libertà d'associazione e registrava la complessità dei gruppi, assicurava protezione al diritto di proprietà e ne imponeva un esercizio conforme all'interesse comune³²⁰. Al cuore di questo corpo, l'«Unternehmen» si presentava nella sua veste unitaria e complessa, come una delle collettività che animavano, insieme alla famiglia, alle unioni sindacali e alle associazioni con scopo di lucro, l'ordine socio-economico racchiuso nell'orizzonte statale. Operai e impiegati, all'interno della comunità d'impresa, avrebbero dovuto collaborare con gli «Unternehmer» per favorire lo sviluppo economico delle energie produttive³²¹; restava ferma, per lo Stato, la possibilità di «socializ-

³²⁰ È l'ottica del «comunitarismo weimariano», sul quale cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 232-238. Il riconoscimento della libertà economica, industriale e commerciale era contenuto, fermi restando i limiti del bene pubblico, della giustizia sociale e della legge, nell'Art. 151 («die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern. ⁱ Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls. ⁱⁱ Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet»); il riconoscimento della libertà contrattuale, con la proibizione dell'usura e nei limiti della legge e del buon costume, nell'Art. 152 («im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. ⁱ Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig»); il lavoro era protetto dall'Art. 157, che prevedeva anche la formazione di un autonomo diritto del lavoro («die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. ⁱ Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht»); alla libertà d'associazione era dedicato innanzitutto l'Art. 159 («die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig»), mentre gli altri diritti sociali (casa, salute, mantenimento, maternità) erano disciplinati dagli Artt. 155, 160, 161, 162, 163 e 164; la proprietà privata era riconosciuta dall'Art. 153, in forza del quale, però, per un verso si prevedeva anche la possibilità dell'espropriazione, per altro verso, soprattutto, si imponeva un complesso di obblighi («Eigentum verpflichtet») e un esercizio conforme al bene comune («das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. ⁱ Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. ⁱⁱ Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste»).

³²¹ Art. 165: «die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit

zare», in via legislativa, le «private wirtschaftliche Unternehmungen», di concorrere, direttamente o indirettamente, all'amministrazione di «wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände» e soprattutto di fonderle allo scopo di assicurare la miglior cooperazione di tutte le componenti sociali³²².

Anche la Costituzione austriaca del 1920 ritagliava all'economia industriale un ruolo di rilievo, se non altro nel senso di riservare all'esclusiva competenza dello Stato le materie «des Gewerbes und der Industrie», della concorrenza sleale, delle invenzioni industriali, dei modelli di fabbrica, dei marchi e degli altri segni distintivi del prodotto, delle «Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie», del diritto del lavoro e dell'assicurazione sociale,

den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt. ⁱⁱ Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat. ⁱⁱⁱ Die Bezirksarbeiterräte und der Reichsarbeiterrat treten zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligter Volkskreise zu Bezirkswirtschaftsräten und zu einem Reichswirtschaftsrat zusammen. Die Bezirkswirtschaftsräte und der Reichswirtschaftsrat sind so zu gestalten, daß alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung darin vertreten sind. ^{iv} Sozialpolitische und wirtschaftspolitische Gesetzentwürfe von grundlegender Bedeutung sollen von der Reichsregierung vor ihrer Einbringung dem Reichswirtschaftsrat zur Begutachtung vorgelegt werden. Der Reichswirtschaftsrat hat das Recht, selbst solche Gesetzesvorlagen zu beantragen. Stimmt ihnen die Reichsregierung nicht zu, so hat sie trotzdem die Vorlage unter Darlegung ihres Standpunkts beim Reichstag einzubringen. Der Reichswirtschaftsrat kann die Vorlage durch eines seiner Mitglieder vor dem Reichstag vertreten lassen. ^v Den Arbeiter- und Wirtschaftsräten können auf den ihnen überwiesenen Gebieten Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse übertragen werden. ^{vi} Aufbau und Aufgabe der Arbeiter- und Wirtschaftsräte sowie ihr Verhältnis zu anderen sozialen Selbstverwaltungskörpern zu regeln, ist ausschließlich Sache des Reichs». Sui consigli d'azienda, la filosofia sociale e l'ideologia "consiliare", frutto in buona parte dell'influenza esercitata da Hugo Sinzheimer (1875-1945) durante i lavori dell'Assemblea costituente, G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 111-122.

³²² Art. 156: «das Reich kann durch Gesetz, unbeschadet der Entschädigung, in sinngemäßer Anwendung der für Enteignung geltenden Bestimmungen, für die Vergesellschaftung geeignete private wirtschaftliche Unternehmungen in Gemeineigentum überführen. Es kann sich selbst, die Länder oder die Gemeinden an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände beteiligen oder sich daran in anderer Weise einen bestimmenden Einfluß sichern. ⁱⁱ Das Reich kann ferner im Falle dringenden Bedürfnisses zum Zwecke der Gemeinwirtschaft durch Gesetz wirtschaftliche Unternehmungen und Verbände auf der Grundlage der Selbstverwaltung zusammenschließen mit dem Ziele, die Mitwirkung aller schaffenden Volksteile zu sichern, Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Verwaltung zu beteiligen und Erzeugung, Herstellung, Verteilung, Verwendung, Preisgestaltung sowie Ein- und Ausfuhr der Wirtschaftsgüter nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen zu regeln. ⁱⁱⁱ Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und deren Vereinigungen sind auf ihr Verlangen unter Berücksichtigung ihrer Verfassung und Eigenart in die Gemeinwirtschaft einzugliedern».

del credito, della banca e della borsa, ma anche del diritto delle associazioni e delle unioni³²³. Ma soprattutto, nell'ordinamento austriaco, l'«Unternehmen» affiorava, sul piano legislativo, nella sua veste unitaria di organizzazione complessa, quale bene giuridico dotato di autonoma esistenza, suscettibile di valutazione e di circolazione giuridica: la legge austriaca del 1919 sul procedimento espropriativo nelle imprese economiche, infatti, provvedeva l'ordinamento di una definizione di «Unternehmung als Ganzes», come unione complessiva dei beni materiali, dei diritti (brevetti, licenze, concessioni, etc.), dei rapporti giuridici, commerciali e finanziari, dei mezzi di produzione, delle materie prime e delle scorte di magazzino³²⁴.

In questo contesto, piuttosto che ammainare la bandiera dell'«Unternehmen», la cultura giuridica cercava di rinsaldarne le linee concettuali, inaugurando, con Karl Wieland (1864-1936), una nuova stagione di riflessione, caratterizzata dal tentativo di arricchire, tramite un approfondimento definitorio, i risultati già raggiunti. Rispetto alla prima fase, si trattava di avviare un per-

³²³ Ci si limita a segnalare gli Artt. 10, 11, 12 e 13 del *Bundesverfassungsgesetz* del 1° ottobre 1920 ed in special modo le seguenti parti dell'Art. 10: «Bundessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten: ... 5. Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen; Maß- und Gewichts-, Normen- und Punzierungswesen; 6. Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens; Strafrechtswesen mit Ausschluß des Verwaltungsstrafrechtes und Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheiten, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen; Justizpflege; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Urheberrecht; Pressewesen; Enteignung, soweit sie nicht Angelegenheiten betrifft, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen; Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe; 7. Vereins- und Versammlungsrecht; 8. Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie; Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes; Patentwesen sowie Schutz von Mustern, Marken und anderen Warenbezeichnungen; Angelegenheiten der Patentanwälte; Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen; Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie; ... 11. Arbeiterrecht sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, soweit es sich nicht um land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt; Sozial- und Vertragsversicherungswesen».

³²⁴ §. 2 del *Gesetz über das Verfahren bei der Enteignung von Wirtschaftsbetrieben* del 30 maggio 1919: «die Enteignung erfaßt in der Regel die Unternehmung als Ganzes, das ist insbesondere den gesamten Grund- und Bergbaubesitz, die darauf befindlichen Baulichkeiten, die maschinellen und sonstigen Einrichtungen, das gesamte Zugehör, Berechtigungen (Patente, Lizenzen, Konzessionen u. ä.), die vorhandenen Betriebsmittel, Vorräte und Reserven, die zu Investitions- und sonstigen Zwecken angesammelten Fonds sowie den Gesamthalt der rechtlichen, geschäftlichen und finanziellen Beziehungen der Unternehmung. " Einzelne selbständige Teile (Betriebe, Berechtigungen u. ä.) der Unternehmung samt den darauf haftenden oder damit zusammenhängenden Lasten und Verbindlichkeiten können bei der Enteignung ausgeschaltet werden. Auch kann die Enteignung auf einen oder mehrere selbständige Teile einer Unternehmung beschränkt werden. Schäden, die aus der Zerreißung des wirtschaftlichen Zusammenhanges entstehen, sind besonders zu vergüten».

corso di ripensamento sulla consistenza obiettiva dell'«Unternehmen», nel senso di promuovere un processo di specificazione dei suoi elementi costitutivi che seguisse due tappe: 1) precisare, allargandone quanto più possibile la latitudine, la consistenza dell'«Unternehmen»; 2) articolare, per antitesi, associazione o distinzione rispetto all'idea generale di «Unternehmen», un nucleo di concetti e di nozioni funzionale al governo dell'economia industriale.

Il punto fermo, che nella misura in cui coglieva la vera cifra del Novecento giuridico rappresentava la più importante conquista della «Unternehmenslehre», era costituito dalla natura complessa del concetto di «Unternehmen», grazie alla quale il diritto commerciale era passato dalla prospettiva individualistica alla dimensione collettiva, dalla logica unilineare dello scambio alla filosofia multirelazionale della produzione, dalla semplicità di un impianto, quello del XIX secolo, fondato sul «Kaufmann» e sugli «Handelsgeschäfte», alla complessità di un ordine, quello del XX secolo, basato sulla trasversalità e sull'unità dell'«Unternehmen»³²⁵. Ora, 1921, all'interno di questo bene unitario, complesso e collettivo, Wieland riteneva necessario distinguere tre elementi fondamentali: l'attività imprenditoriale «dell'Unternehmer stesso o di colui il quale amministrasse al suo posto l'organismo complessivo dell'esercizio commerciale»³²⁶; il «patrimonio aziendale», nel quale confluivano tanto i diritti soggettivi quanto i beni mobili e immobili, materiali e immateriali, collegati all'esercizio dell'attività d'impresa³²⁷; infine tutte le relazioni e i rapporti giuridico-economici in qualsivoglia

³²⁵ Di questo passaggio i giuristi della nuova stagione furono perfettamente consapevoli, come dimostrano le parole di H. KRAUSE, *Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht*, in «Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 105, 1938, p. 126: «die Gegenwart, im Bestreben, Individualismus und Masse zu überwinden, sucht nach neuen sinnvollen Gliederungen des Volksganzen. ... Das 19. Jahrhundert hat die ständische Prägung des Kaufmanns fortschreitend ausgelöscht und einen Sammelbegriff aus ihm gemacht. Das 20. Jahrhundert schickt sich an, die Entwicklung abzuschließen und auf eine neue Stufe zu heben. Es gleicht nicht mehr eine Reihe von Wirtschaftszweigen dem Handel an, sondern sieht die Einheit aller gewerblichen Tätigkeit mit dem Kern der Produktion, um die sich alles andere lagert».

³²⁶ K. WIELAND, *Handelsrecht*, Band I, *Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften*, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1921, pp. 240-241.

³²⁷ E fra questi, come sempre, le macchine, le merci, le materie prime, i prodotti finiti, il denaro, i titoli di credito, i libri contabili, la corrispondenza, i riconoscimenti, gli attestati, i magazzini, gli stabilimenti, ma anche i diritti sui segni distintivi, i diritti sulle invenzioni industriali, i diritti sulla ditta e sulla ragione sociale, i diritti sulle partecipazioni sociali e associative, i diritti al risarcimento dei danni

glia modo legati alla clientela, al mercato, al credito, all'organizzazione del lavoro, ai metodi di lavoro, ai segreti di fabbrica, alle condizioni dei locali commerciali, in quanto beni immateriali che, pur non generando immediatamente diritti, erano portatori di attese, aspettative, «Chancen»³²⁸.

Nessuno di questi elementi, disgiuntamente considerato, costituiva l'«Unternehmen», ma tutti e tre insieme, «die drei erwähnten Bestandteile in ihrem Zusammenwirken», formavano una totalità coordinata di beni e di forze, realizzando il valore unitario dell'organizzazione imprenditoriale³²⁹. Detto altrimenti: solo l'unità complessiva dell'«Unternehmen», l'ordinato coordinamento delle sue componenti, poteva far sì che le singole parti dell'organizzazione imprenditoriale modificassero la loro funzione e implementassero il loro valore singolo, in modo tale da produrre, attraverso la loro reciproca unità relazionale, un valore aggiunto³³⁰. Il che non impediva di rilevare concettualmente l'esistenza di quegli specifici elementi (attività, patrimonio, capacità di profitto), che facevano dell'«Unternehmen» il momento

ed ogni altro diritto, fino ai diritti soggettivi pubblici, alle concessioni, alle obbligazioni: «das Handelsvermögen» – anzi specificava K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., p. 244 – «ist der Inbegriff der dem Kaufmann zustehenden subjektiven Rechte oder, was dasselbe besagt, der körperlichen und unkörperlichen Gegenstände, soweit sie dem Betriebe des Handelsgewerbes dienstbar gemacht werden: bewegliche und unbewegliche Sachen, Waren, Rohstoffe, Fabrikate, Geld und Wertpapiere, Geschäftseinrichtungen, Handelsbücher und Geschäftsbriefe, Medaillen, Preisdiplome, Verkaufsmagazine, Fabrikgebäude, sodann Forderungs- und andere Rechte, Urheber- und Erfinderrechte, das Recht am Warenzeichen und an der Geschäftsfirma, Mitgliedschaftsrechte, endlich subjektiv-öffentliche Rechte, wie Gewerbekonzessionen. Zu den Geschäftsforderungen gehören die im Geschäftsbetrieb begründeten Forderungen auf Grund von Rechtsgeschäft oder Gesetz: Ansprüche auf Schadenersatz wegen Kreditschädigung usw.».

³²⁸ «Unter den Bezeichnungen „Immaterialgüter“, „Chancen“, „reine Wirtschaftsgüter“ versteht man tatsächliche Verhältnisse von Vermögenswert, wirtschaftliche Beziehungen, die günstige Aussichten für eine gewinnbringende Ausübung des Gewerbes eröffnen, Kundschaft und Absatzgebiet, der Kredit, den der Geschäftsinhaber genießt, zweckentsprechende Organisation des Betriebs, Bezugsquellen, nicht geschützte Fabrikations- und Betriebsgeheimnisse und Betriebsmethoden, die günstige Lage des Geschäftslokals usw. Die Chancen sind Werterzeuger, die nicht Rechte sind. Ebensowenig sind sie Sachen oder sachähnliche Gegenstände rechtlicher Herrschaft. Weder können sie veräußert, verpachtet oder zu Nießbrauch übertragen werden, noch unterliegen sie der Zwangsvollstreckung oder dem Konkursbeschlagnahme. Das Wesen dieser Immaterialgüter liegt darin begründet, daß sie den Niederschlag der im Geschäftsbetrieb erarbeiteten und errungenen Erfahrungen und Vorteile bilden, ihre Quelle somit größtenteils der Geschäftstüchtigkeit und sonstigen persönlichen Eigenschaften des Betriebsleiters entnehmen» (*ivi*, pp. 246-247).

³²⁹ *Ivi*, p. 248.

³³⁰ *Ibidem*.

di sintesi della combinazione complessa dei mezzi, delle energie, delle persone, dei rapporti, della forza lavoro, del capitale e dei beni immateriali, organizzati, secondo criteri di efficienza e logiche di produttività, allo scopo di esercitare un'attività commerciale³³¹.

Da un lato, pertanto, confermando la base complessa e la dimensione collettiva, si valorizzava l'idea della consistenza unitaria dell'«Unternehmen», l'unica in grado di spiegare il diverso valore del tutto rispetto alle parti; dall'altro si manifestava l'esigenza di meglio specificare e distinguere i differenti elementi costitutivi che lo formavano. Si faceva strada, sotto questo secondo profilo, una tendenza orientata verso una più attenta considerazione, accanto all'elemento oggettivo dell'organizzazione, dell'elemento dinamico dell'attività e di quello soggettivo dell'imprenditore.

La logica complessa, come nel 1927 riassumeva Hans Oppikofer (1901-1950), era l'unica in grado di spiegare le dinamiche dell'economia industriale: non c'erano dubbi sul fatto che l'«Unternehmen» fosse una novità scaturita dal nuovo scenario industriale, «eine Schöpfung der Neuzeit», la risposta della borghesia industriale alla crescente domanda di beni e prodotti³³²; l'aspirazione ad un incremento della produzione, infatti, passava da una rinnovata combinazione di beni economici e forze lavorative, un collegamento di nuovo conio fra beni ed energie, che non si risolveva in una raccolta amorfa di cose, ma generava un vero e proprio «Organismus», un autentico «Wirtschaftskörper», nel quale, in virtù del coordinamento, dell'affiatamento e dell'ordine, sfumava l'autonomia dei singoli elementi a vantaggio dello scopo comune all'intero³³³; proprio come sostenuto da Wieland, il collegamento ordinato di capitale e lavoro, per via dell'unione sinergica dei vari fattori della produzione, sprigionava un'utilità complessiva, un'energia vitale se si vuole, che giammai si sarebbe potuta ottenere senza l'or-

³³¹ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 239-240.

³³² H. OPIKOFER, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Mohr, Tübingen 1927, p. 1.

³³³ «Beim Streben nach größtmöglichen Leistungen mittels kleinsten Einsatzes sind in neuartigen Kombinationen Kräfte und Güter miteinander verbunden worden, um in ihrem Zusammenspiel den Zwecken der Güterbeschaffung (im weitesten Sinn) zu dienen. Es entstanden die modernen Unternehmen: Vereinigungen von Wirtschaftsgütern und Arbeitskräften, recht eigentliche Wirtschaftskörper, in denen die Selbständigkeit der einzelnen Sache oder Arbeitskraft, ihre frei veränderliche Bestimmbarkeit von neuem durch übergeordnete Zwecke eines umfassenden Organismus gebunden wurde» (*ibidem*).

ganizzazione pianificata dei singoli apporti, ed era in questa unità, «nell'ottimizzazione delle potenzialità di tutti i beni economici in esso ricompresi», che stava «il reale valore dell'Unternehmen»³³⁴.

Eppure, anche a giudizio di Oppikofer, tale approdo non bastava a rappresentare fedelmente la realtà dell'«Unternehmen», che consisteva, certo, nell'organizzazione, ma che non poteva prescindere, come la realtà economica rivelava, innanzitutto dall'attività o dalle attività effettivamente svolte³³⁵. Il tentativo, compiuto da Isay e Pisko, di risolvere l'«Unternehmen» nell'organizzazione e di considerare questa l'oggetto immateriale di un autonomo diritto soggettivo era da ritenersi insufficiente, perché i valori organizzativi non erano «oggetti autonomi», ma solo «attributi di una molteplicità di beni e forze»³³⁶. L'organizzazione, intesa come collegamento delle singole forze sulla base di un piano economico teso a conseguire un risultato, era funzionale all'esercizio dell'attività economica: «l'Unternehmen», per-

³³⁴ H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 2.

³³⁵ «Schließlich» – argomentava H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 4 – «muß anerkannt werden, daß die vom Unternehmer ausgehende Tätigkeit, der Unternehmegergeist, die Ursache aller Unternehmensgebilde ist, und daß erst der geistige Schöpfungsakt, der die Organisation ausmacht, die verschiedenen Einzelkräfte in wirtschaftlichem Plan zur großen Resultante verbindet».

³³⁶ *Ivi*, p. 7. Anche J. VON GIERKE, *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig 1926, pp. 55-56, prendeva le distanze dalla concezione di Pisko, ritenendo, in particolare, che non si potesse esprimere in termini di appartenenza il rapporto fra l'«Unternehmen» e i suoi elementi. Nel 1923, tornando sul tema dell'«Unternehmen» a distanza di quasi vent'anni dal suo primo lavoro, O. PISKO, *Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes*, Hölder-Pichler-Tempsky, Wien 1923, p. 55, aveva infatti essenzialmente ribadito la sua concezione obiettiva e l'idea secondo cui per «„Geschäftsvermögen“» avrebbe dovuto intendersi il complesso degli elementi materiali e immateriali inerenti o comunque collegati all'«Handelsbetrieb», dalle merci alle macchine, dalla capacità di profitto alle concessioni, dai diritti di privativa ai criteri organizzativi: «zu diesem gehören z. B. die vorrätigen Waren und Barbestände, die Geschäftseinrichtung, die Maschinen, andere Geräte, die außenstehenden Geschäftsforderungen, die etwa erforderliche Gewerbekonzession, die zum Betriebe verwendeten Grundstücke oder die an ihnen bestehenden Mietrechte, aber auch gewisse immaterielle Güter: die durch das erworbene Vertrauen des Publikums, durch ausgeübte Reklame, durch geschäftliche Vereisung bestimmter Gebiete oder auf andere Weise gesicherte Absatzgelegenheit (die sogenannten „Chancen“) und die durch Erforschung und Erwerbung von Bezugsquellen für die Rohstoffe, durch Aufstellung eines den Betriebsverhältnissen entsprechenden Arbeitsplanes, durch Anbahnung geschäftlicher Beziehungen mit einer Reihe für das Unternehmen tätiger Personen (z. B. Mitarbeitern, Berichterstatern einer Zeitung) usw. geschaffene Organisation des Betriebes»; l'«Unternehmen», a giudizio di Pisko, rappresentava perciò l'«Handelsgeschäft in objektiven Sinne», un «Vermögensobjekt» formato dagli «immateriellen Gütern», dalla «Absatzgelegenheit» e dalla «Organisation des Betriebes», ma anche da tutti quei beni, come i mezzi di trasporto in un'impresa di trasporti, che stavano con l'«Unternehmen» in un rapporto di tale evidente interdipendenza da risultare indispensabili per la sua continuazione (p. 56).

tanto, non era «concretamente concepibile senza l'attività economica»³³⁷. Organizzazione e attività: due elementi diversi, concettualmente distinti, ma che «entrambi», come annotava Jens Jessen (1895-1944), «rappresentano parti essenziali, diverse ma inscindibilmente collegate, dell'impresa»³³⁸.

Con queste precisazioni, l'«Unternehmen» si avviava ad includere stabilmente, nella sua definizione, l'elemento dell'«attività»³³⁹. Ogni fatto organizzativo, ogni momento di organizzazione e di pianificazione, avrebbe rappresentato, in questa prospettiva, un passo verso il conseguimento del fine e al contempo una componente essenziale di quell'attività economica che costituiva la ragion d'essere dell'impresa: l'«Unternehmen» era l'organizzazione dei beni economici e delle forze lavorative messa al servizio dell'attività economica, ovvero, visto al rovescio, l'attività economica organizzata esercitata tramite la combinazione dei beni economici e delle forze lavorative.

Non solo. Oppikofer, come dopo di lui Gerhard Husserl (1893-1973), rivalutava anche gli elementi soggettivi dell'«Unternehmen», quelli, cioè, «connessi alla persona», e quindi la stessa figura dell'«Unternehmer»³⁴⁰; non negava che l'«Unternehmen» consistesse prevalentemente in un'organizzazione di elementi impersonali e che dunque la sostituzione o l'eliminazione di uno o più elementi in nulla avrebbe alterato l'unità imprenditoriale, ma sottolineava l'importanza della persona dell'«Unternehmer», dovuta alla sua

³³⁷ H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 4. Qualche anno più tardi, nel 1931, il medesimo concetto sarebbe stato espresso, con parole sostanzialmente identiche, anche da J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 96, 1931, p. 46: «jedenfalls ist die Tätigkeit ohne das äußere Gebilde und dieses ohne die Tätigkeit nicht denkbar».

³³⁸ J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., p. 46.

³³⁹ «Die organisierende Tätigkeit des wirtschaftenden Menschen», come scriveva H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 5.

³⁴⁰ *Ivi*, p. 11. Ma cfr. anche G. HUSSERL, *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Springer, Berlin 1933, p. 35, che parlava dell'«Unternehmen» come di un bene, «dem der organisatorisch verfestigte Machtwille einer Person (oder einer Personengruppe) seinen spezifischen Wertsinn verleiht». E dopo di lui P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, in *Festschrift Ernst Heymann*, Teil II, *Recht der Gegenwart*, Böhlau, Weimar 1940, pp. 112-147. Sulla figura dell'«Unternehmer», anzi, specificamente, su quella del «gewerblichen Unternehmers», come colui che «in Erwerbsabsicht eine selbständige, dauernde, nach außen hervortretende Tätigkeit betreibt, wobei Land- und Forstwirtschaft einerseits, Künste und Wissenschaft andererseits ausscheiden» (p. 91), in particolare dal punto di vista dei suoi rapporti con il «Kaufmann» e della esistenza di un «Unternehmerrecht» distinto da un «Kaufmannsrecht», cfr. H. KRAUSE, *Kaufmannsrecht*, cit., pp. 69-132.

capacità organizzativa, alle sue conoscenze e alle sue relazioni³⁴¹. Nemmeno senza un elemento soggettivo, senza l'«Unternehmer», sarebbe stato possibile concepire l'«Unternehmen»³⁴².

La revisione, negli anni Venti e Trenta del Novecento, del concetto di «Unternehmen» portava dunque ad un ampliamento del suo perimetro e ad una più articolata strutturazione degli elementi che lo componevano. A seguito di questo approfondimento, la fisionomia dell'«Unternehmen» assumeva contorni sfrangiati, configurandosi come il punto di fuga di tre elementi diversi, a loro volta capaci di contenere una molteplicità di beni e suscettibili di assumere forme differenti: l'elemento obiettivo o statico dell'organizzazione, l'elemento subiettivo o dinamico dell'attività, l'elemento personale o soggettivo dell'«Unternehmer». L'effetto immediato, a ben guardare, sarebbe stato il delinarsi, in corrispondenza dei diversi elementi, di una molteplicità di concetti, peraltro corrispondenti ad altrettanti punti di osservazione dell'«Unternehmen» (obiettivo, subiettivo e personale), che, uno a fianco all'altro, avrebbero composto una tavola articolata di figure e categorie³⁴³. Prendeva forma una ramificazione di concetti, una classificazione scaturita dall'applicazione, al genere «Unternehmen», della tecnica esegetica della distinzione. L'«Unternehmen» poteva intendersi in senso soggettivo, come soggetto preposto all'esercizio dell'attività commerciale (imprenditore individuale, società, associazione, ente), e in senso oggettivo, come organizzazione; in senso statico, come complesso aziendale, e in senso dinamico, come attività imprenditoriale; in senso materiale, come insieme

³⁴¹ «Es ist allbekannt» – ragionava infatti H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 9 – «wie sehr an die Person des Unternehmers, an seinen Charakter, seine Geschäftstüchtigkeit, seine Geschäftsmoral, an seine Erfahrungen und Kenntnisse, an seine persönlichen Beziehungen zu Gesellschaft, Wirtschaft und Politik ein großer Teil der Leistungsfähigkeit und Werbekraft des Unternehmens gebunden ist. Das Vertrauen der Angestellten und Arbeiter und vornehmlich der Kredit der Lieferanten und Banken können ausschließlich durch die Persönlichkeit des Unternehmens bedingt sein. Weiterhin ist zu beachten, daß der Unternehmer in seinem Unternehmen nicht nur als Organisator wirkt, nicht nur Arbeitskräfte und Produktionsmittel zu einem selbständigen System zusammenordnet, sondern sich selbst auch als Arbeitskraft in den Betrieb einfügt».

³⁴² «Der Unternehmer» – per usare le parole di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., p. 120 – «ist nicht ohne Unternehmen, das Unternehmen ist nicht ohne Unternehmer denkbar».

³⁴³ Si veda, sulla molteplicità semantica del lemma «Unternehmen» e per una ricostruzione dei diversi significati attribuiti dai vari esponenti della cultura giuridica tedesca ai termini «Unternehmen», «Handelsgeschäft», «Handelsgewerbe», «Gewerbebetrieb», A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca e quella dei paesi latini. Conclusioni*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 56, 1958, I, pp. 105-161.

congiunto di mezzi di produzione e attività, e in senso spirituale, come organismo vivente formato dalla comunità di imprenditore e lavoratori; in senso lato, come sintesi dei diversi elementi, e in senso stretto, come complesso organizzato di cose e diritti; in senso tecnico, come organizzazione, e in senso economico, come attività³⁴⁴.

Emblematica, in questo senso, era la dicotomia, che sempre più insistentemente si andava profilando, tra «Unternehmen» e «Unternehmung», ma soprattutto tra «Unternehmen» e «Betrieb», destinati ad assumere il ruolo di paradigmi concettuali ai quali la giurisprudenza pratica e la scienza giuridica avrebbero di volta in volta assegnato significati differenti³⁴⁵. In senso soggettivo, come notava Erwin Jacobi (1884-1965), i due termini erano da considerare sinonimi, perché entrambi derivavano da concetti, «betreiben» e «unternehmen», che si risolvevano in attività durature esercitate da un soggetto per il conseguimento di uno scopo³⁴⁶. Ma se ci si fosse spostati dal piano soggettivo a quello oggettivo, i due concetti di «Betrieb» e «Unternehmen» si sarebbero differenziati proprio in ragione dello scopo.

³⁴⁴ Molto utile, sotto questo profilo, il panorama concettuale nel quale si muove O. VON NELL-BREUNING, *Unternehmensverfassung*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, cit., pp. 47-77, fra «Unternehmen» e «Betrieb», fra «Unternehmen» in senso passivo, «nicht anderes als ein technologisch-ökonomischer Prozeß», e «Unternehmen» in senso attivo, che indica «die im Verbund miteinander tätigen Menschen» (p. 50), fra «Unternehmen», che non è «jemand, für den man handeln kann, sondern schlecht und recht ein Objekt, in bezug auf das oder mit Wirkung gegen das man handeln kann», e «Unternehmer», che può essere una persona individuale o una società, la quale è «kein Unternehmen, sondern hat und betreibt ein Unternehmen, ist also Unternehmerin» (p. 53).

³⁴⁵ Cfr., con la descrizione dei diversi punti di vista e alcune tabelle contenenti i «Merkmale» individuati dai diversi autori, H. BORN, *Die Begriffe „Betrieb“ und „Unternehmen“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Dittert, Dresden 1938. Il «Betrieb», spiegava J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, cit., p. 266, stava «Seite an Seite mit dem „Unternehmen“, von dem er jedoch in der wissenschaftlichen Lehre und auch in der praktischen Gestaltung abzutrennen ist». Quanto alla dicotomia fra «Unternehmen» e «Unternehmung», K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 239-240, riteneva che se «Unternehmung» era «Einsatz von Kapital und Arbeitskraft zum Zwecke der Gewinnerzielung», per «Unternehmen», in senso obiettivo, dovevano intendersi «die eingesetzten persönlichen und sachlichen Güter selbst». Cfr., sulla distinzione di Wieland fra «Unternehmung» e «Unternehmen», P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 132-134. R. PASSOW, *Betrieb, Unternehmung, Konzern*, in *Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen*, Heft 11, Fischer, Jena 1925, p. 42, invece, adoperava «die beiden Ausdrücke Unternehmung und Unternehmen ... als gleichbedeutend», dal momento che «der Sprachgebrauch macht keine solche Unterscheidungen».

³⁴⁶ «Die Hauptworte Betrieb, Unternehmen, Unternehmung» – erano le parole di E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926*, Weicher, Leipzig 1927, p. 3 – «gehen sprachlich auf die Tätigkeitsworte

Entrambi, infatti, davano luogo ad una totalità giuridica, una «Einheit» di elementi reali (strumenti di lavoro, macchine, materie prime, edifici, terreni) e personali (imprenditore, operai, impiegati, familiari), diritti e beni immateriali (organizzazione, tecniche di produzione, metodi di lavoro, avviamento, clientela, canali di approvvigionamento, ma anche aspettative, possibilità, «Chancen»), ordinati in virtù di un comune patrimonio di esperienze, tecniche e metodi al servizio di un determinato scopo³⁴⁷. Ma mentre nel caso del «Betrieb» lo scopo dell'unità era quello «unmittelbare» e «technische» dell'attività, quello tecnico immediato al cui servizio era posto il complesso unitario (produzione di beni, scambio di merci, trasporto di persone o di cose), nel caso dell'«Unternehmen» lo scopo era quello, più lontano e meno tangibile, consistente nel fine prefissato dall'«Unternehmer», che poteva ovviamente essere e normalmente era il profitto economico, ma che poteva anche essere un obiettivo materiale o immateriale, un fine culturale, un traguardo scientifico, un interesse pubblico, uno scopo sociale³⁴⁸. Sul piano definitorio, in sintesi, il «Betrieb» era l'unione di mezzi personali, reali e immateriali messi a servizio di un risultato tecnico, mentre l'«Unternehmen» era l'unione di mezzi personali, reali e immateriali organizzati per il soddisfacimento del fine prefissato dall'«Unternehmer»³⁴⁹. Un «Unternehmen», pertanto, poteva comprendere più «Betriebe»; al servizio del medesimo scopo di un «Unternehmen» potevano stare attività con diverse tecniche; più «Betriebe»

„betreiben“, „unternehmen“ zurück. Beide bezeichnen die auf Dauer gerichtete Betätigung eines Menschen zur Verfolgung eines über die Tätigkeit hinausgehenden Zweckes. ... In diesem allgemeinsten Sinne sind die Tätigkeitswörter „betreiben“ und „unternehmen“ und die entsprechenden Hauptwörter Betrieb und Unternehmen gleichbedeutend».

³⁴⁷ E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen*, cit., pp. 4-22.

³⁴⁸ «Die Zwecke, um die es sich hier handelt, sind aber nicht, wie beim Betrieb, die unmittelbar technischen Zwecke der Tätigkeit, sondern das entferntere Ziel, um deswillen der Unternehmer das Unternehmen unternimmt. ... Der allgemeine Begriff des Unternehmens deckt auch die Fälle, wo es sich nicht um Gewinn, sondern um gemeinnützige Befriedigung materieller oder ideeller Bedürfnisse – gemeinnützige Unternehmen – oder um Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung handelt» (*ivi*, pp. 16-17). E ancora: «die Einheit des Unternehmens wird nicht schon durch den unmittelbaren technischen Zweck der Betätigung, sondern erst durch den entfernteren Zweck, durch das Ziel des zu befriedigenden Bedürfnisses bestimmt» (*ivi*, p. 18).

³⁴⁹ Più precisamente, stando alle definizioni di E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen*, cit., rispettivamente pp. 9 e 20: «damit ergibt sich als Begriff des Betriebes im objektiven Sinne die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes»; «als Rechtsbegriff des Unternehmens im objektiven Sinne ergibt sich sonach: die Vereinigung von persönlichen, sächlichen

potevano, per conto del medesimo «Unternehmen», svolgere autonome attività e perseguire specifici scopi tecnici³⁵⁰.

Qualche anno più tardi, nel 1940, in linea con la tendenza a diversificare i profili dell'«Unternehmen» e ad allargare la tavola dei concetti ad esso inerenti, Paul Gieseke (1888-1967), nel presupposto dell'inesistenza di una «nozione giuridica chiusa di “Unternehmen”», avrebbe sottolineato le diverse anime che convivevano nell'«Unternehmen» e la conseguente possibilità di osservarlo in modo statico, come organizzazione, o in modo dinamico, come attività dell'«Unternehmer»³⁵¹; di accentuare, nella definizione del concetto giuridico di «Unternehmen», più l'aspetto economico o quello tecnico, più «l'attività o l'unità organizzativa»³⁵². Se il momento obiettivo, quello statico dell'organizzazione, aveva ricevuto sufficiente considerazione, anche e

und immateriellen Mitteln durch das von einem Rechtssubjekt (oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam) verfolgte Ziel, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen». In base alla distinzione di R. PASSOW, *Betrieb, Unternehmung, Konzern*, cit., rispettivamente pp. 2-3 e 41-42, fermo restando che «gelegentlich wird im gewöhnlichen Leben der Ausdruck Betrieb auf die technischen Bestandteile eines Unternehmens beschränkt und der Betrieb in diesem engeren Sinne dem Kontor, der kaufmännischen Abteilung gegenübergestellt» (p. 38), il «Betrieb» era «ein Inbegriff, ein einheitlicher Komplex von auf die Dauer berechneter wirtschaftlicher Tätigkeit», sicché «ein Betrieb liegt nur vor, wenn es sich um einen Inbegriff, einen Komplex wirtschaftlicher Tätigkeiten handelt. Eine vereinzelt Arbeit, eine singuläre Aktion stellt noch keinen Betrieb dar, auch dann nicht, wenn eine größere Anzahl von Personen dabei mitwirken»; l'«Unternehmung», da lui considerata un sinonimo di «Unternehmen», era «ein selbständiger, auf Erwerb gerichteter Betrieb oder – um einen anderen, gleichbedeutenden Ausdruck zu gebrauchen – eine selbständige Erwerbswirtschaft (Erwerbsgeschäft)».

³⁵⁰ «Ein Unternehmen» – sintetizzava E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen*, cit., p. 23 – «kann mehrere technisch-organisatorische Einheiten umfassen, aus mehreren Betrieben bestehen». Va da sé che affinché diversi «Betriebe» potessero dirsi parte del medesimo «Unternehmen» non bastava che fossero di proprietà del medesimo soggetto, giacché «mehrere Betriebe, die rein zufällig ohne jede sachliche gegenseitige Beziehung sich in der Hand derselben Person vereinigen, bilden nicht ein Unternehmen. Besitzt der Eigentümer eines industriellen Werkes im Rheinlande eine vollkommen selbständig betriebene Molkerei in Schlesien, so liegen zwar mehrere Betriebe „desselben Arbeitgebers“ vor, gleichwohl aber nicht ein Unternehmen, sondern mehrere Unternehmen, eine Tatsache, die die Rechtsordnung bei der Unfallversicherung ausdrücklich anerkennt» (*ivi*, p. 25).

³⁵¹ «Es kann andererseits sowohl dynamisch wie statisch aufgefaßt werden» – argomentava P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, cit., p. 119 – «dynamisch, indem man den Blick auf die Funktion im Wirtschaftsablauf oder die Unternehmertätigkeit richtet, statisch, indem man als Unternehmen die äußere Organisation bezeichnet, mit der die Funktion verwirklicht und in der die Unternehmertätigkeit ausgeübt wird. Anders ausgedrückt: jedes Unternehmen ist je nach dem Standpunkt des Betrachters Verwirklicher einer Funktion oder Tätigkeitsinbegriff oder andererseits organisatorisches Gebilde». Si veda, sulla teoria di Gieseke, la sintesi offerta da A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca*, cit., pp. 117-121 e 125-126.

³⁵² P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, cit., p. 122.

soprattutto in dipendenza del suo trasferimento e della sua protezione, non altrettanto poteva dirsi per quello subiettivo, quello dinamico dell'attività dell'imprenditore, quello consistente nella «Tätigkeit in Verbindung mit der Person des Unternehmers»³⁵³.

Nel 1948, quasi dando luogo ad una sintesi delle posizioni precedenti, Julius von Gierke (1875-1960) delineava infine tre autonome e diverse prospettive da cui osservare il concetto di «Unternehmen (Betrieb) im weiteren Sinne», tre prospettive distinte, ma tutte determinanti per la definizione dell'unico «Zentralbegriff» di «Unternehmen»³⁵⁴: «die Betriebstätigkeit», vale a dire il profilo subiettivo consistente nell'attività dell'imprenditore³⁵⁵; «das Betriebsgeschäft», il complesso organizzato di cose e diritti, «der Betrieb im objektiven Sinn, das Geschäft (Erwerbsgeschäft, Handelsgeschäft), auch Gewerbe genannt», cioè l'«Unternehmen» in senso stretto, come patrimonio speciale, bene giuridico unitario suscettibile di trasferimento, cessione, locazione, vendita, usufrutto, espropriazione, esecuzione forzata³⁵⁶; infine «die Betriebsgemeinschaft», la comunità umana di imprenditore e lavoratori³⁵⁷.

³⁵³ *Ivi*, p. 124.

³⁵⁴ «Wir haben drei selbständige rechtliche Ausstrahlungen der Wirtschaftseinheit (des Unternehmens im weiteren Sinn) zu unterscheiden», scriveva J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 111, 1948, p. 7, alludendo in particolare modo al concetto di «Handelsunternehmen», vale a dire «das kaufmännische Unternehmen» (p. 1). Si veda, sulla teoria di Gierke, ancora A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca*, cit., pp. 121-125.

³⁵⁵ «Es handelt sich um die subjektive Seite des Unternehmens, um den Betrieb im subjektiven Sinn. Es ist das Betreiben des Unternehmens, bei einem gewerblichen Unternehmen das Betreiben des Gewerbes, auch Gewerbebetrieb oder Gewerbe schlechtweg genannt, – letztere Bezeichnungen kennt namentlich die Gewerbeordnung und das HGB. Die Betriebstätigkeit kann von einem einzelnen Unternehmer oder einer Verbandperson oder Gesellschaft entfaltet werden» (J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, cit., p. 7).

³⁵⁶ «Der durch die Betriebstätigkeit geschaffene Tätigkeitsbereich mit den ihm zugehörigen Sachen und Rechten, die ihm eingefügt sind oder die seine Grundlage bilden, einschließlich der Verbindlichkeiten. ... Von Wichtigkeit ist, daß wir es hier nicht mit dem Unternehmen im weiteren Sinn, sondern mit einem Unternehmen im engeren Sinne zu tun haben. ... Rechtlich handelt es sich um ein eigenartiges Sondervermögen, daher passen auch die Ausdrücke Geschäfts- oder Betriebsvermögen. Die Sondervermögen, mit denen wir es hier zu tun haben, sind sehr verschiedenartig. So sind manche an eine bestimmte Stätte gebannt, manche von einer Sache abhängig, andere wieder ganz unabhängig von sachlichen Beziehungen» (*ivi*, pp. 7-9).

³⁵⁷ «Die dritte Seite des Unternehmens im weiteren Sinn, welche ihre selbständige rechtliche Behandlung erfährt» – concludeva J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, cit., p. 10 – «ist die personenrechtliche Betriebsgemeinschaft, der Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern».

8. *Fra anni Venti e Quaranta: alla ricerca di un «Unternehmensrecht»*

Alla vigilia di una nuova era costituzionale, dunque, l'«Unternehmen» si scopriva formato da una pluralità di elementi, rappresentabile da un buon numero di sinonimi, osservabile da diversi punti di vista e suscettibile di assumere differenti significati. Non si presentava quale concetto generale unitario, ma quale paradigma complesso, che al di là dei contenuti e dei significati contingenti, era comunque in grado di esprimere la dimensione collettiva e il carattere interrelazionale dell'economia industriale, fungendo sempre da epicentro di forze ed energie eterogenee, da sintesi di una pluralità di elementi, da momento di collegamento tra fattori di diversa natura³⁵⁸; un concetto aperto, capace di assumere contenuti e significati congeniali ai vari settori del diritto³⁵⁹; un «microsistema», nel quale si coordinavano, a diverso titolo e in forme mutevoli, «acquisizione, trasformazione, alienazione di energie, trasmissione di notizie, innovazione»³⁶⁰.

La moltiplicazione di profili, concetti, istituti ed elementi a vario titolo connessi all'orbita dell'«Unternehmen» avrebbe non solo arricchito l'inventario semantico a disposizione del giurista, ma reso il campo dell'«Unternehmen» più funzionale alle esigenze della prassi. La disponibilità di un arsenale concettuale articolato e la duttilità di un termine polisemico come «Unternehmen», che per un verso sarebbero state la causa di una mai raggiunta convergenza sul preciso significato dei concetti, avrebbero, per altro verso, favorito l'aderenza delle forme giuridiche a una realtà socio-economica composta da situazioni l'una mai eguale all'altra.

Per la cultura giuridica, già dai primi anni Venti, era giunto il momento di misurare l'impatto del nuovo paradigma sul sistema complessivo del diritto commerciale e di provare a definire i contorni dell'«Unternehmensrecht», in maniera tale da apprestare, anche sollecitando l'intervento del legislatore, un

³⁵⁸ Di «paradigma dell'impresa» ha di recente parlato C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in *Negozianti e imprenditori*, cit., in particolare pp. 157-159.

³⁵⁹ Ciò che fa dell'«Unternehmen» – come sottolineato da V. AFFERNI, *La dottrina tedesca e la nozione di impresa nei Trattati della CECA e CEE*, in *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, Giuffrè, Milano 1977, pp. 353-376 – «un *unicum* nella storia del diritto dell'economia», «un *dato variabile* i cui elementi di variabilità sono *peculiari* rispetto alle finalità delle singole fattispecie di cui generalmente esso costituisce un presupposto di applicabilità».

³⁶⁰ S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., p. 57.

ambito disciplinare in grado di regolare le vicende che gravitavano intorno al fenomeno imprenditoriale. Il fatto che, come ripeteva Wieland, l'«Unternehmen als Ganzes» avesse un valore diverso (clientela, avviamento, capacità produttiva) dalla somma delle sue parti e che il suo scioglimento, la sua “decomposizione” in parti singole e disarticolate, fosse un fatto giuridicamente rilevantissimo, imponeva di approntare una disciplina giuridica, appunto «das Unternehmensrecht», non già per questo o per quell'altro negozio, per questo o per quell'altro bene, per questo o per quell'altro diritto, per questo o per quell'altro rapporto, ma per l'«Unternehmen» nel suo complesso, come organizzazione unitaria, «quale oggetto del traffico giuridico», e quindi per tutte le vicende che potessero interessarlo, dalla concorrenza sleale alla tutela dei segni distintivi, dalla cessione d'azienda all'esecuzione forzata, dal trasferimento alla locazione dell'esercizio commerciale³⁶¹.

Già nel 1910, del resto, Isay aveva cominciato a parlare di un «Recht der Unternehmungen», un campo del tutto nuovo, da esplorare e nel quale avventurarsi, un vero e proprio «vollkommenes Neuland»³⁶². La lettura coordinata delle disposizioni vigenti, infatti, aveva consentito di delineare un autonomo ambito disciplinare, che assumeva come acquisito il concetto unitario di «Unternehmen» e che riconosceva tanto «das Unternehmen als Rechtsobjekt» quanto «das Recht am Unternehmen»³⁶³. Grazie alla tenace opera ricostruttiva della scienza giuridica, si era venuto formando un nucleo di principi che da un lato influenzavano la circolazione dell'«Unternehmen», dall'altro mettevano in nuova luce la disciplina dei segni distintivi, della concorrenza sleale, dei brevetti industriali e del fallimento. La conservazione dell'«Unternehmen», che rappresentava un obiettivo esiziale per i lavoratori e per la comunità, passava per la considerazione unitaria della sua natura e questa per delle regole precise che ne salvaguardassero l'identità, ne proteggessero il lavoro, il valore, l'attività, la reputazione. Era in quest'ottica, a

³⁶¹ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., p. 248: «die Auflösung des Unternehmens in seine Bestandteile wirkt für zahlreiche an ihm beteiligte Kreise, für Arbeiter, Angestellte und Gläubiger ebenso verhängnisvoll wie für den Unternehmer selbst und entzieht dem Nationalvermögen unermeßliche Werte».

³⁶² R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 5. Si veda sul tema K. BALLERSTEDT, *Was ist Unternehmensrecht?*, in *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von H.-M. K. Pawlowski, G. Wiese und G. Wüst, Beck, München 1977, pp. 15-36.

³⁶³ Si vedano i diversi profili esaminati nei saggi raccolti sotto l'epigrafe *Unternehmensrecht*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, cit., pp. 9-233.

questo fine, che un'intera generazione di giuristi, come ricordava Wieland, aveva affrontato, nell'ultimo ventennio, uno sforzo concettuale teso a garantire continuità ad un esercizio commerciale anche nel caso di mutamento del soggetto, a disegnare, nel presupposto concettuale dell'«Unternehmen» «come oggetto unitario di negozi giuridici», le linee di un discorso giuridico sulla successione, sul fallimento e sull'esecuzione forzata, a ideare e proporre la figura di un «subjektives Recht am Unternehmen»³⁶⁴.

Il giurista, come nel 1928 ribadiva Müller-Erbach, non poteva che adottare una prospettiva d'insieme, una visione unitaria del fenomeno imprenditoriale, che avrebbe dovuto portare a superare ogni indagine analitica sulla natura degli atti, uniti dalla «geistige Organisation» e dalla «lebendige Energie», per affrontare invece problemi che presupponevano al cuore del diritto commerciale un'entità trasversale e relazionale, un complesso di natura organizzativa e collettiva, una struttura che teneva insieme, con fili robusti ma invisibili, lo stabilimento e i macchinari, il lavoro e le merci, l'imprenditore e i lavoratori, il credito e i processi produttivi, ma che non poteva fino in fondo comprendersi senza esaminare al contempo, trasversalmente appunto, istituti diversi, come la ditta, il marchio, i brevetti e i disegni industriali³⁶⁵. Diventava determinante enucleare una disciplina giuridica attenta agli effetti nei confronti dei contraenti, dei terzi, dei creditori e dei debitori, per il caso di «cessione dell'Unternehmen», di «vendita dell'Unternehmen» e di «locazione dell'Unternehmen», stabilire se «ein subjectives Recht am Unternehmen» fosse riconoscibile «come tale», regolare la successione nei

³⁶⁴ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 248-249.

³⁶⁵ R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., pp. 72-73. Pluralità, complessità e molteplicità – la cornice nella quale si muoveva Müller-Erbach – erano caratteri tipici dell'«Unternehmen», a condizione, però, che non si perdesse di vista l'aspetto più significativo e pregnante, che stava senz'altro «in seiner geistigen Organisation», nell'organizzazione stabile ma dinamica dei fattori personali e reali di produzione, nell'ordinamento razionale, votato a criteri di efficienza e produttività, dei macchinari, delle tecniche, degli impianti e della forza lavoro, nel coordinamento ottimale del capitale, del lavoro e di tutti i beni e i valori in qualche modo riconducibili all'azienda: «erinnert man sich weiter der Geschäftsforderungen, der Firmen-, Warenzeichen-, Patent- und Musterschutzrechte eines solchen Unternehmens, so ist auch damit noch nicht das Entscheidende des Unternehmens erfaßt. Das ist vielmehr in seiner geistigen Organisation enthalten. Diese besteht einmal in dem Anordnen der sachlichen und persönlichen Produktions- oder sonstigen Leistungsfaktoren, in der geschickten Auswahl der Gegend, in der etwa ein Fabrikunternehmen sich betätigen soll, im zweckmäßigen Errichten der erforderlichen baulichen Anlagen, im sachkundigen Auswählen und Einfügen der Maschinen, im Herausbilden geeigneter Fabrikationsmethoden, im Aussuchen und Heranbilden tüchtiger Arbeitskräfte

contratti, prevedere l'esecuzione forzata sull'«Unternehmen»³⁶⁶. Nel momento in cui diveniva crocevia ineludibile e cuore pulsante del sistema, il concetto di «Unternehmen» stravolgeva la prospettiva d'insieme, rivoluzionando la stessa fisionomia del diritto commerciale, perché i «segni distintivi dell'Unternehmer», la «ditta», i «marchi», il trasferimento e la locazione «eines Unternehmens», la concorrenza sleale e l'esecuzione forzata sull'«Unternehmen», che fino a qualche tempo prima erano caduti nell'orbita del diritto pubblico o in quella dei diritti della persona, entravano a pieno titolo, sotto forma di «Unternehmensrecht», nella sfera del diritto commerciale³⁶⁷. Con la conseguenza, passando dagli istituti alle norme, che il diritto dei segni distintivi e delle invenzioni industriali, il diritto della concorrenza e la disciplina giuridica dell'azienda, il diritto del fallimento e dell'esecuzione forzata, diventavano le nuove frontiere del diritto commerciale, le colonne portanti del «Wirtschaftsrecht» e dell'«Unternehmensrecht»³⁶⁸: era nelle norme e nei principi giuridici funzionali alla conservazione, allo sviluppo, alla protezione e al trasferimento dell'«Unternehmen» che batteva «il cuore dell'Unternehmensrecht»³⁶⁹.

und endlich in planvollem Leiten der Arbeiten selbst und des ganzen Betriebes». Potevano bruciarsi una fabbrica o dei macchinari, ma non per questo sarebbe venuto meno il «Fabrikunternehmen» che di quei beni costituiva il collante giuridico e l'anima unitaria: «so ist z. B. ein Fabrikunternehmen etwas anderes als die Gesamtheit der vorhandenen Fabrikgebäude und der Maschinen, der Rohstoffe und der sonst zu seinem Betriebe benötigten Güter. Diese Gebäude und Maschinen kann ein Brand vernichten, und das Unternehmen kann doch fortbestehen». Gli atti di commercio, in questa prospettiva unitaria, diventavano le contingenti ed occasionali manifestazioni della complessiva attività commerciale dell'«Unternehmer», nient'altro che una componente, rilevante come le altre, dell'organizzazione imprenditoriale; l'«Unternehmen», anzi, era il presupposto logico-giuridico della stessa attività commerciale, l'organizzazione stabile, sibbene fluttuante nei suoi elementi e dinamica nei suoi equilibri, che rendeva possibile il compimento e il perfezionamento dei singoli negozi giuridici di commercio: «das einzelne wirtschaftliche Unternehmen ist geschaffen, um gewisse Geschäfte gewerbsmäßig abzuschließen und zu erfüllen». L'«Unternehmen» era una «lebendige Energie», che grazie alla sua ampiezza e al suo movimento istituiva un collegamento fra i vari atti d'impresa, conferendo loro una prospettiva unitaria ed un valore aggiunto che essi, singolarmente considerati, giammai avrebbero potuto avere.

³⁶⁶ *Ivi*, pp. 74-85.

³⁶⁷ *Ivi*, pp. 74-78.

³⁶⁸ Sullo stretto rapporto tra «Wirtschaftsrecht», «Unternehmensrecht» e «Industrierecht», quest'ultimo secondo l'uso fatto già da H. LEHMANN, *Grundlinien des deutschen Industrierechts*, in *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage*, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913, pp. 1-46, si veda J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 932-933.

³⁶⁹ R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 73.

Fra anni Trenta e Quaranta, nel contesto di un clima, alimentato dallo spirito nazionalsocialista, di aggregazione e superamento degli interessi individuali, la scienza giuridica avrebbe perciò continuato ad enumerare circostanze, occasioni, casi nei quali all'unità giuridica dell'«Unternehmen» avrebbero fatto seguito rilevanti conseguenze pratiche. Nel presupposto di un valore diverso da quello della somma delle singole parti, Jessen manifestava l'esigenza di preservare l'unità dell'«Unternehmen» nel caso di fallimento, di considerare l'«Unternehmen» «im Falle des Konkursrecht als solche Einheit», ma anche di utilizzare il valore dell'intero patrimonio organizzativo e spirituale «a fini di credito»³⁷⁰. La disciplina sulla circolazione e sulla protezione dell'«Unternehmen», come osservava Hermann Krause (1902-1991), non ineriva al «Kaufmannsrecht», ma al nuovo fondamentale capitolo dell'«Unternehmerrecht»³⁷¹; al quale avrebbero dovuto ricondursi tutti i problemi giuridici che fossero in qualche modo collegati al fenomeno imprenditoriale, influenzati dalla dimensione complessa, collettiva e unitaria dell'«Unternehmen», come quello, emerso qualche anno dopo, derivante dalla necessità di stabilire se in caso di liquidazione di un «Unternehmen» il titolare avesse o no il diritto di continuare ad utilizzare la «Firma» per l'esercizio di un nuovo «Unternehmen»³⁷².

Ciò che occorre, secondo l'opinione prevalente, era che la sostituzione (o almeno l'accostamento) dell'«Unternehmensrecht» all'«Handelsrecht» si compisse anche sul piano legislativo, magari guardando soluzioni straniere (sotto certi profili anche il *fonds de commerce* francese), giacché fino a quando il diritto vigente fosse rimasto chiuso nel perimetro dell'HGB, imprigionato tra i concetti di «Kaufmann» e di «Handelsgeschäfte», chi avesse voluto introdurre nel lessico giuridico il concetto di «Unternehmen», traendo

³⁷⁰ E ciò nel presupposto, appunto, che «das Unternehmen einen wirtschaftlichen Wert darstelle, der sich nicht durch die Summierung der Werte der Teile ergibt, aus denen das Unternehmen sich zusammensetzt, sondern über diese Summe hinaus durch die „Kombination“ oder „Organisation“ der Einzelteile vergrößert werde» (J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., p. 47).

³⁷¹ «Letztlich gehören also die Kapitel vom Unternehmen im Rechtsverkehr und vom Rechtsschutz des Unternehmens dem Unternehmer- und nicht dem Kaufmannsrecht» (H. KRAUSE, *Kaufmannsrecht*, cit., p. 121).

³⁷² Era il problema che sollevava, risolvendolo in senso affermativo, R. FISCHER, *Das Recht zur Fortführung alter Firmen durch den bisherigen Inhaber*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 111, 1948, pp. 18-29, e al quale invece dava una soluzione contraria, soprattutto per l'incompatibilità con i §§. 22, 23 e 25 dell'HGB, J. VON GIERKE, *Firmenuntergang und Firmenverlegung*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 112, 1949, pp. 1-11.

dalla sua natura unitaria le logiche conseguenze in tema di circolazione, protezione, credito e valore, avrebbe dovuto farlo percorrendo sentieri sconosciuti al sistema del diritto positivo³⁷³.

In qualche misura, nel 1934, l'appello sarebbe stato raccolto dalla legge sull'ordinamento del lavoro nazionale, che in 73 paragrafi conteneva l'intera disciplina giuridica dell'impresa in rapporto con il lavoro, con gli amministratori, con il *Reich* e con i consumatori, e che sembrava seguire le indicazioni "unificanti" della scienza giuridica, sposando l'idea di «Unternehmen» e di «Betrieb» come comunità di persone, ma più specificamente, esaltando certe logiche del Nazionalsocialismo, come luogo di incontro tra imprenditore, impiegati e operai, uniti nel bene del popolo e dello Stato³⁷⁴. Il capo dell'«Unternehmen» avrebbe deciso l'indirizzo dell'attività commerciale e scandito l'andamento del processo lavorativo³⁷⁵; si sarebbe servito di collaboratori, rappresentanti e sostituti, nonché, nei «Betriebe» con almeno venti dipendenti, di un consiglio del lavoro formato da uomini di sua fiducia³⁷⁶; avrebbe predisposto un ordine d'impresa, nel quale sarebbero stati fissati per iscritto l'orario di lavoro, le pause, le linee guida della produzio-

³⁷³ Era l'analisi, fra gli altri, di J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., pp. 61-62: «soll aber gar an die Stelle des Handelsrechts das Unternehmensrecht gesetzt werden, so ist demgegenüber festzustellen, daß die Grundlage des geltenden deutschen Handelsrechts der Begriff des Kaufmanns ist. ... Wenn man den Begriff des Unternehmens deshalb eindeutig in die juristische Terminologie einführen will, so kann das nur unabhängig von dem anerkannten Begriffssystem geschehen, das nun einmal an das positive Recht gebunden ist». Sull'incerto rapporto, ancora dibattuto e controverso, fra «Handelsrecht» e «Unternehmensrecht», «Kaufmann» e «Unternehmen», F. BYDLINSKI, *Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin und New York 1990.

³⁷⁴ Già il §. 1 del *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* del 20 gennaio 1934 annunciava: «im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat».

³⁷⁵ §. 2: «der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden. ⁱⁱ Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten».

³⁷⁶ §. 3: «bei juristischen Personen und Personengesamtheiten sind die gesetzlichen Vertreter Führer des Betriebes. ⁱⁱ Der Unternehmer oder bei juristischen Personen und Personengesamtheiten die gesetzlichen Vertreter können eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person mit ihrer Stellvertretung betrauen; dies muß geschehen, wenn sie den Betrieb nicht selbst leiten. In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung können sie auch eine andere Person beauftragen. ⁱⁱⁱ Wird dem Führer des Betriebes die Befähigung zum Führer gemäß § 38 durch das Ehrengericht rechtskräftig aberkannt, so ist ein anderer Führer des Betriebes zu bestellen». §. 5: «dem Führer des Betriebes mit in der Regel mindestens zwanzig Beschäftigten treten aus der Gefolgschaft Vertrauensmänner beratend zur

ne, i principi sui quali fondare gli accordi di lavoro³⁷⁷. L'unità dell'«Unternehmen» racchiudeva l'imprenditore e i lavoratori all'interno di un unico organismo, ne saldava i destini e le vite, realizzando, con la sua organizzazione, il contemperamento degli opposti interessi e l'ottimizzazione della combinazione di risorse, energie e forza lavoro.

Da questo momento, con il suo portato "storico" di ambiguità terminologiche, il concetto unitario di «Unternehmen» avrebbe sempre più spesso fatto capolino nel tessuto legislativo della Germania, ora osservato come organizzazione o soggetto preposto all'esercizio del credito, ora considerato per la sua posizione dominante o per i suoi accordi di cartello, senza che, tuttavia, se ne formalizzasse una nozione unica ed univoca³⁷⁸. Ora organizzazione, ora

Seite. Sie bilden mit ihm und unter seiner Leitung den Vertrauensrat des Betriebes. ⁱⁱ Zur Gefolgschaft im Sinne der Bestimmungen über den Vertrauensrat gehören auch die Hausgewerbetreibenden, die in der Hauptsache für den gleichen Betrieb allein oder mit ihren Familienangehörigen arbeiten». §. 6: «der Vertrauensrat hat die Pflicht, das gegenseitige Vertrauen innerhalb der Betriebsgemeinschaft zu vertiefen. ⁱⁱ Der Vertrauensrat hat die Aufgabe, alle Maßnahmen zu beraten, die der Verbesserung der Arbeitsleistung, der Gestaltung und Durchführung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, insbesondere der Betriebsordnung, der Durchführung und Verbesserung des Betriebsschutzes, der Stärkung der Verbundenheit aller Betriebsangehörigen untereinander und mit dem Betriebe und dem Wohle aller Glieder der Gemeinschaft dienen. Er hat ferner auf eine Beilegung aller Streitigkeiten innerhalb der Betriebsgemeinschaft hinzuwirken. Er ist vor der Festsetzung von Bußen auf grund der Betriebsordnung zu hören. ⁱⁱⁱ Der Vertrauensrat kann einzelne seiner Aufgaben bestimmten Vertrauensmännern zur Wahrnehmung übertragen».

³⁷⁷ §. 26: «in jedem Betriebe, in dem in der Regel mindestens zwanzig Angestellte und Arbeiter beschäftigt sind, ist vom Führer des Betriebes eine Betriebsordnung für die Gefolgschaft des Betriebes (§ 1) schriftlich zu erlassen». §. 27: «in die Betriebsordnung sind folgende Arbeitsbedingungen aufzunehmen: 1. Anfang und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit und der Pausen; 2. Zeit und Art der Gewährung des Arbeitsentgelts; 3. die Grundsätze für die Berechnung der Akkord- oder Gedingearbeit, soweit im Betriebe im Akkord oder Gedinge gearbeitet wird; 4. Bestimmungen über die Art, Größe und Einziehung von Bußen, wenn solche vorgesehen werden; 5. die Gründe, aus denen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgen darf, soweit es nicht bei den gesetzlichen Gründen bewenden soll; 6. die Verwendung der durch rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses verwirkten Entgeltbeträge, soweit die Verwirkung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen in der Betriebsordnung oder im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. ⁱⁱ Soweit in anderen Gesetzen oder Verordnungen Vorschriften über den zwingenden Inhalt der Arbeitsordnung enthalten sind, die über die Vorschriften des Abs. 1 hinausgehen, behalten sie ihre Gültigkeit. ⁱⁱⁱ In die Betriebsordnung können neben den gesetzlich vorgeschriebenen Bestimmungen auch Bestimmungen über die Höhe des Arbeitsentgelts und über sonstige Arbeitsbestimmungen aufgenommen werden, ferner weitere Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes, das Verhalten der Beschäftigten im Betriebe und über die Verhütung von Unfällen».

³⁷⁸ Un cenno, innanzitutto, va fatto all'*Aktiengesetz* del 30 gennaio 1937, laddove si stabiliva che «die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht» (§. 3), che la denominazione sociale avrebbe dovuto ispirarsi

attività, ora soggetto, il paradigma «Unternehmen» avrebbe consentito, grazie al suo carattere polisemantico, di adottare, di volta in volta e sia pur in base a

al «Gegenstand des Unternehmens» (§. 4), che «rechtlich selbständige Unternehmen» avrebbero dato luogo ad un «Konzern» quando fossero state «zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt» (§. 15): cfr. L. GERLOFF, *Das abhängige Unternehmen im Sinne des § 15 Absatz 2 Aktiengesetz vom 30. Januar 1937*, Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, Breslau 1938. Una menzione particolare, inoltre, merita il *Gesetz über das Kreditwesen* del 25 settembre 1939, che in primo luogo stabiliva che «den Vorschriften dieses Gesetzes unterliegen alle Unternehmungen, die Bank- oder Sparkassengeschäfte im Inland betreiben (Kreditinstitute)» (§. 1); risaltava, così, anche sul piano legislativo, la distinzione fra l'«Unternehmung», come bene (ma qui forse come soggetto) unitario, e i «Geschäfte» esercitati, che risultava anche laddove era stabilito che «Unternehmungen, welche Geschäfte von Kreditinstituten im Inland betreiben wollen, bedürfen dazu der Erlaubnis» (§. 3) e che «Unternehmungen, die den An- und Verkauf von Wertpapieren für andere (§ 1 Abs. 1 Buchst. b) oder das Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 Buchst. c) betreiben, unterliegen einer regelmäßigen Prüfung dieser Geschäfte» (§. 33); inoltre il legislatore adoperava, uno accanto all'altro, i termini «Unternehmung» e «Unternehmen», come quando stabiliva che le prescrizioni della legge non avrebbero trovato applicazione né per gli «Unternehmen, die auf Grund der Gemeinnützigkeitsverordnung ... als gemeinnützige Wohnungsunternehmen oder als Organ der staatlichen Wohnungspolitik anerkannt sind, sofern nicht das Unternehmen überwiegend Bankgeschäfte der im § 1 bezeichneten Art betreibt», né per gli «Unternehmungen, die das Pfandleihgewerbe betreiben». Va infine ricordato almeno il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 27 luglio 1957, che assumeva ormai l'«Unternehmen» nella sua veste unitaria di organizzazione economica o di soggetto organizzato, sancendo l'inefficacia di quegli accordi di cartello che, mettendo insieme più «Unternehmen», fossero stati idonei a influenzare il mercato e a falsare la concorrenza (§. 1: «Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist. " Als Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen gilt auch der Beschluß der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind»); sanzionando con la nullità quei «Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen», che fossero stati idonei a limitare la libera formazione dei prezzi e a limitare la libertà contrattuale dei terzi (§. 15); definendo in posizione dominante quell'«Unternehmen» che «für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist» (§. 22); obbligando ad informare la «Kartellbehörde» di ogni unione «von Unternehmen» idonea a provocare un'occupazione del mercato in misura superiore al venti per cento e intendendo a tal fine per unione ogni fusione «mit anderen Unternehmen», ogni acquisto del patrimonio «anderer Unternehmen», ogni acquisto «des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen», i contratti di cessione e di locazione «über Betriebsstätten anderer Unternehmen», ogni acquisizione di quote di diritti «an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichen» (§. 23). È d'altronde pacifico, sulla scorta del resto di quanto già sostenuto da Gieseke, che nella legislazione tedesca – come fra gli altri illustrato da K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., pp. 63-69 – non esiste una definizione unica di «Unternehmen», ma diversi frammenti dai quali è possibile risalire ad un concetto di base unitario. L'evoluzione, sul piano legislativo, dell'uso linguistico dei lemmi «Unternehmen» e «Unternehmung» è ricostruita da T. RAISER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 15-35. Si vedano già, tuttavia, le indicazioni di H. KRAUSE, *Kaufmannsrecht*, cit., pp. 101-102.

criteri variabili, la nozione più adatta al settore del diritto interessato (diritto d'impresa, diritto del lavoro, diritto societario, diritto tributario, diritto fallimentare, diritto processuale, etc.), di distinguere in concreto fra trasferimento di singoli elementi e trasferimento del complesso organizzato, fra pregiudizio all'organizzazione e pregiudizio all'attività, fra segni della persona e segni dell'impresa³⁷⁹; avrebbe fornito, ad un'Europa in cerca di un diritto d'impresa, una figura prismatica, dai lati corrispondenti ad altrettanti concetti e ad altrettanti profili dell'organizzazione economica.

Al termine di un travagliato processo di maturazione pratica, scientifica e legislativa, il sistema del diritto commerciale italiano, come ridefinito nel Codice civile del 1942, avrebbe alla fine poggiato su tre pilastri, che sembravano discendere proprio dalle diverse anime dell'«Unternehmen»; tre pilastri ai quali la cultura giuridica, all'indomani della codificazione, avrebbe dedicato studi e ricerche³⁸⁰: «all'imprenditore, all'impresa ed all'azienda, costituenti i tre grandi pilastri del sistema. Nella gerarchia dei valori, viene primo l'imprenditore che agisce, impegna e tutto dirige; vengono poi i collaboratori, normalmente indispensabili ad ogni attività economica, per poco che essa sia sviluppata; viene infine l'aggregato dei beni che servono di strumento per l'attività professionale dell'imprenditore, ed insieme per quella di coloro che a lui prestano stabile collaborazione. La disciplina dell'imprenditore appartiene alla dottrina dei soggetti; quella dell'impresa alla dottrina dei gruppi lavorativi; quella dell'azienda alla dottrina dei beni»³⁸¹.

³⁷⁹ Forse per questo, ancora nel 1948, J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, cit., p. 16, si chiedeva se il concetto di «Unternehmen», con il quale la scienza giuridica germanica si era confrontata «fast ein halbes Jahrhundert», avesse infine ricevuto il suo meritato riconoscimento. Il giurista, in tutta sincerità, non lo sapeva; poteva solo sperarlo, oltre che, una volta ancora, auspicare l'emanazione di una legge che, recependo le indicazioni della scienza giuridica, disciplinasse finalmente «das Unternehmen im engeren Sinn und damit auch das Handelsgeschäft» nella sua dimensione unitaria, complessa e collettiva, innanzitutto quale «Sondervermögen».

³⁸⁰ Fondamentali, sulla teorizzazione italiana in tema di impresa e sulla vicenda di ridefinizione del diritto commerciale, in rapporto al diritto d'impresa e al diritto del lavoro, gli scritti di P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, cit., e *Scienza giuridica italiana*, cit., in particolare pp. 190-211. Si veda ora anche F. MAZZARELLA, *L'impresa*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, pp. 438-445.

³⁸¹ M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Utet, Torino 1951, p. 4. «Imprenditore, impresa e azienda» – riferendosi all'odierno diritto commerciale scrive G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., vol. I, p. 93 – «non sono che facce di un'unica realtà economica suscettibili di essere considerate e nella loro unità e nella loro individualità».

Bibliografia essenziale

AFFERNI V., *Registro delle imprese. Cenni storici e di diritto comparato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Utet, Torino 1968, pp. 178-195

AFFERNI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano 1973

AFFERNI V., *La dottrina tedesca e la nozione di impresa nei Trattati della CECA e CEE*, in *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, Giuffrè, Milano 1977, pp. 353-376

AMATO S., *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 18, 1/1988, pp. 25-59

AMATORI F. e TONINELLI P.A. (a cura di), *Una introduzione alla storia d'impresa. Storici ed economisti a confronto*, Egea, Milano 1999

AMATORI F., *Forme di impresa in prospettiva storica*, in *L'impresa: una prospettiva storica*, Egea, Milano 2000, pp. 9-35

AMATORI F., *La storia d'impresa come professione*, Marsilio, Venezia 2008

ANGELICI C., CARAVALE M., MOSCATI L., PETRONIO U., SPADA P., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori, Milano 2008

ARMAND-PREVOST M., *Fonctionnement et enjeux des tribunaux de commerce au cours des XIX^e et XX^e siècles*, in *Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, La Documentation française, Paris 2007, pp. 129-144

BALLERSTEDT K., *Was ist Unternehmensrecht?*, in *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von H.-M. Pawlowski, G. Wiese und G. Wüst, Beck, München 1977, pp. 15-36

BERGFELD C., *Deutschland, Handelsrecht*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, *Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, Beck, München 1986, pp. 2959-2966

BERTA G., *L'imprenditore. Un enigma tra economia e storia*, Marsilio, Venezia 2004

BIEDENKOPF K.H., COING H., MESTMÄCKER E.-J. (herausgegeben von), *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages, Müller, Karlsruhe 1967

BIGO R., *Les rédacteurs du Code de commerce*, in «Revue historique de droit français et étranger», IV série, 8, 1929, pp. 426-427

BLUM E., *Le projet de revision attribué a Miromesnil de l'Ordonnance de Mars 1673 sur le commerce*, in «Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger», 37, 1913, pp. 511-543

BRECHER F., *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Rechtstheoretische Grundlegung*, Röhrscheid, Bonn 1953

CASANOVA M., *Dal diritto degli atti commerciali al diritto delle imprese commerciali*, in «Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale», 1, 1947-48, I, pp. 5-13

CAZZETTA G., *Lavoro e impresa*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 139-144, ora anche, rivisto con il titolo *Società industriale e silenzio del codice. Lavoro e impresa*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 3-26

CHAMPAUD C. et PAILLUSSEAU J., *L'entreprise et le droit commercial*, Colin, Paris 1970

COLSON B., *Napoléon et l'élaboration du Code de Commerce (1805-1807)*, in *Liber Amicorum Michel Coipel*, sous la coordination de Y. Pouillet, P. Wéry et P. Wynants, Kluwer, Bruxelles 2004, pp. 3-19

COTTINO G., *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, vol. I, Cedam, Padova 1986²

DE WOOT P., *La Fonction d'Entreprise: Formes nouvelles et progrès économiques*, Nauwelaerts, Louvain-Paris 1968, trad. it. *La funzione dell'impresa. Forme Nuove e Progressi Economici*, Franco Angeli, Milano 1968

DE WOOT P., *Pour une doctrine de l'entreprise*, Seuil, Paris 1968, trad. it. *Per una dottrina dell'impresa*, Etas Kompass, Milano 1969

DELPLANQUE C., *La codification du droit commercial: une exception du Code civil?*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007. Les actes des colloques*, Dalloz, Paris 2008, pp. 85-97

DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1957

ESCARRA J., *Cours de droit commercial*, Recueil Sirey, Paris 1952

FIKENTSCHER W., *Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Eine kritische Übersicht*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages, herausgegeben von K.H. Biedenkopf, H. Coing, E.-J. Mestmäcker, Müller, Karlsruhe 1967, pp. 261-304

GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna 1976

GALGANO F., *La categoria storica del diritto commerciale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 6, 1976, pp. 59-65

GALGANO F., *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. II, Cedam, Padova 1978

GALGANO F., *Imprenditore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. VII, Utet, Torino 1992, pp. 1-16

GLIOZZI E., *Dalla proprietà all'impresa*, FrancoAngeli, Milano 1994⁸

GROSSI P., *Itinerarii dell'impresa*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, tomo II, pp. 999-1038

HILAIRE J., *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Paris 1986

HILAIRE J., *Une histoire du concept d'entreprise*, in «Archives de philosophie du droit», 41, 1997, pp. 341-353

HILAIRE J., *Droit commercial*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF, Paris 2003, pp. 439-445

HILAIRE J., *Pratique et doctrine au début du XIX^e siècle. L'oeuvre de Jean-Marie Pardessus (1772-1853)*, in *Figures de justice. Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, mise en scène par A. Deperchin, N. Derasse, B. Dubois, Centre d'Histoire Judiciaire, Lille 2004, pp. 287-294

HILAIRE J., *Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la chambre commerciale*, in *1807-2007. Bicentenaire de Code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Paris, Dalloz 2007, pp. 1-21

HILAIRE J., *Pardessus Jean-Marie*, in *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, PUF, Paris 2007, pp. 609-610

HILAIRE J., *Perspectives historiques de la juridiction commerciale*, in *Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, La Documentation française, Paris 2007, pp. 9-16

HILAIRE J., *Propos historique sur le Code de commerce de 1807 et l'avenir de la codification*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007. Les actes des colloques*, Dalloz, Paris 2008, pp. 69-84

HORN N., *Aktienrechtliche Unternehmensorganisation in der Hochindustrialisierung (1860-1920)*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Wirtschafts-, sozial- und rechtshistorische Untersuchungen zur Industrialisierung in Deutschland, Frankreich, England und den USA*, herausgegeben von N. Horn / J. Kocka, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1979, pp. 123-189

HOUIN R. et PÉDAMONT M., *Droit commercial. Actes de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence*, Dalloz, Paris 1985⁸

LE CANNU P., *Le Code de commerce, un code libéral?*, in *1807-2007. Bicentenaire de Code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, Paris 2007, pp. 33-50

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Cambacérés et le Code de commerce*, in *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris 2007, pp. 3-17

LÉVY-BRUHL H., *Un projet de Code de Commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)*, Imprimerie Nationale, Paris 1932

LÉVY-BRUHL H., *Les origines du Code de commerce français*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, vol. III, *Storia del diritto italiano e diritti stranieri*, Cedam, Padova 1938, pp. 221-224

MARIAGE H., *Évolution historique de la législation commerciale. De l'Ordonnance de Colbert à nous jours. 1673-1949*, Pedone, Paris 1951

MAZZARELLA F., *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1/2004, pp. 37-72

MAZZARELLA F., *Nel segno dei tempi. Marchi, persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Giuffrè, Milano 2005

MAZZARELLA F., *Diritto e invenzioni. Un'introduzione storica*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 83, 2010, pp. 69-138

MAZZARELLA F., *La scoperta di un paradigma complesso. L'«Unternehmen» nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 299-386

MAZZARELLA F., *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, Milano 2010, pp. 161-204

MAZZARELLA F., *L'impresa*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, pp. 438-445

MOHNHAUPT H., *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“*, in «Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte», 25, 2003, pp. 238-268

MOHNHAUPT H., *Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, in *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie*, herausgegeben von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Klostermann, Frankfurt am Main 2004, pp. 129-161

MOSCATI L., *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, in C. ANGELICI, M. CARAVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori, Milano 2008, pp. 47-80

MOSCATI L., *Pardessus e il Code de commerce*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Atti del Convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, a cura di S. Rossi e C. Storti, Insubria University Press, Varese 2009, pp. 39-51

NOBEL P., *Anstalt und Unternehmen. Dogmengeschichtliche und vergleichende Vorstudien*, Rüegger, Diessenhofen 1978

PADOA SCHIOPPA A., *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, LED, Milano 1992, pp. 63-88

PADOA SCHIOPPA A., *Napoleone e il «Code de commerce»*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, LED, Milano 1992, pp. 89-112

PADOA SCHIOPPA A., *Il Codice di commercio (1807)*, in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. II, Giuffrè, Milano 2005, pp. 611-617

PETRONIO U., *Un diritto nuovo con materiali antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione*, in C. ANGELICI, M. CARVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori, Milano 2008, pp. 1-45

RAISCH P., *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Müller, Karlsruhe 1965

RAISER T., *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1969

RAISER T., *Unternehmen und juristische Person*, in *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*, herausgegeben von W. Hadding, Walter de Gruyter & Co., Berlin-New York 1999, pp. 489-504

RICHARD É., *La qualité de commerçant dans le Code de 1807*, in *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007. Les actes des colloques*, Dalloz, Paris 2008, pp. 99-109

RIECHERS A., *Das ›Unternehmen an sich‹: die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Mohr, Tübingen 1996

RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1946

RIPERT G., *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. I, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1963⁵

ROSSI S. E STORTI C. (a cura di), *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Atti del Convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, Insubria University Press, Varese 2009

SACK R., *Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik*, Mohr, Tübingen 2007

SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, Torino 1989

SCHMOECKEL M., *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Mohr, Tübingen 2008

SCHUBERT W., *Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, herausgegeben von W. Schubert, B. Schmiedel, C. Krampe, Band I, *Gesetze und Entwürfe*, Klostermann, Frankfurt am Main 1986

SPADA P., *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, vol. VII, Utet, Torino 1992, pp. 32-76

SPADA P., *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in C. ANGELICI, M. CARVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori, Milano 2008, pp. 117-140

SPADA P., *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Atti del Convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, a cura di S. Rossi e C. Storti, Insubria University Press, Varese 2009, pp. 33-38

STOLLEIS M., *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg*, in *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, herausgegeben von H. Bauer, D. Czybulka, W. Kahl, A. Voßkuhle, Mohr, Tübingen 2002, pp. 1-13

SZRAMKIEWICZ R., *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Paris 1989

TONINELLI P.A., *Storia d'impresa*, Il Mulino, Bologna 2006

VANZETTI A., *Trent'anni di studi sull'azienda*, II, *La dottrina tedesca e quella dei paesi latini. Conclusioni*, in «Rivista del diritto commerciale», 1958, I, pp. 105-161

WADLE E., *Gewerbliche Schutzrechte und Unternehmensorganisation*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Wirtschafts-, sozial- und rechtshistorische Untersuchungen zur Industrialisierung in Deutschland, Frankreich, England und den USA*, herausgegeben von N. Horn / J. Kocka, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1979, pp. 343-365

WIEACKER F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Athenäum Fischer, Frankfurt am Main 1974, trad. it. *Diritto privato e società industriale*, ESC, Napoli 1983

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012

Carlo Saladino Editore s.r.l.
via venti settembre 53 - Palermo
tel. 091.329590 - fax 091.6112670
www.carlosaladinoeditore.it
carlosaladinoeditore@libero.it

