

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

39

(2010)



GIUFFRÈ EDITORE

FERDINANDO MAZZARELLA

LA SCOPERTA DI UN PARADIGMA COMPLESSO.
L'« UNTERNEHMEN » NEL DIRITTO COMMERCIALE
E NELLA DOTTRINA AUSTRO-TEDESCA
DEL PRIMO NOVECENTO (*)

1. Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB. — 2. Un nuovo rapporto tra diritto ed economia: verso la formazione di un « Wirtschaftsrecht ». — 3. L'« Unternehmen »: una genesi nell'« economico ». — 4. L'individuazione dell'« Unternehmen » nel « giuridico ». — 5. Da un piano oggettivo ad uno soggettivo: il « Recht am Unternehmen ». — 6. L'« Unternehmen als Rechtsobjekt »: fra valore unitario, protezione, trasferimento, esecuzione. — 7. L'« Unternehmen » fra guerra e dopoguerra: espansione di un contenitore, ramificazione di un paradigma, moltiplicazione di concetti. — 8. Fra anni Venti e Quaranta: alla ricerca di un « Unternehmensrecht ».

1. *Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB.*

Nel 1897, in un'Europa attraversata dalle spinte associative e dalle logiche interrelazionali del « capitalismo organizzato », la Germania imperiale, ormai unita sul piano politico e compiutamente industrializzata sul piano economico, approdava ad una nuova codificazione di diritto commerciale, che ribaltava taluni schemi della tradizione giuridica ottocentesca ⁽¹⁾. La principale novità,

(*) Il saggio che qui si pubblica è frutto di una ricerca condotta nel 2009 grazie ad una borsa di studio del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno.

(1) 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, Frankfurt am Main, Klostermann, Band 1, *Gesetze und Entwürfe*, 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*, München, Beck,

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 » (2).

L'HGB, in effetti, abbandonava la categoria, prevista invece dall'ADHGB del 1861 e dagli altri codici di commercio europei, degli atti di commercio oggettivi o assoluti (« objektiven » o « absoluten Handelsgeschäfte »), “commerciali” 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 ») (3); ma con il

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, Berlin, Heymanns, 1901-1902, ma anche F. LITTHAUER und A. MOSSE, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht)*, Berlin, Guttentag, 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*, München und Berlin, Beck, 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, Torino, Ute, 1897. Sulla tendenza all'associazionismo e allo sviluppo di formazioni sociali in tempo di « organisierter Kapitalismus » (Hilferdings) si veda, anche per l'ottimo panorama bibliografico, L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne. 1850-1890*, München, Oldenbourg, 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 4, Frankfurt am Main-Berlin-Wien, Ullstein, 1981, pp. 163-202.

(2) 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 ».

(3) « Das Handelsrecht » — come osservato da C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, cit., p. 2963 — « ist wieder ein Sonderrecht für Kaufleute geworden ». Cfr.

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” (4).

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 dall'ADHGB; 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 negozi (5). Lo sviluppo capitalistico, in particolare, aveva 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

anche S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1/1988, in particolare pp. 37-40, e B. SCHMIEDEL, *Zur Entstehung des Ersten Buches: Handelsstand*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., pp. 31-50.

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

(5) « Die Aufzählung dieser sogenannten Grundhandelsgeschäfte » — si legge nella relazione illustrativa all'HGB, pubblicata in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., Band 2.1, *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 zusammengesetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwicklung erfordern und zugleich im Interesse aller Beteiligten eine gewisse Uebersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers nothwendig machen ».

momento della produzione industriale e generando strutture economico-giuridiche caratterizzate dalla multifunzionalità degli atti, dalla complessità della macchina organizzativa, dalla latitudine dell'attività commerciale ⁽⁶⁾; 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 immobili ⁽⁷⁾. Non era

(6) « 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).

(7) *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. ^{II} 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 ».

più pensabile, in altri termini e nonostante l'opposto avviso di Gierke, che tramite disposizioni di tipo enumerativo, come gli Artt. 271 e 272 dell'ADHGB, 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 interpretativi ⁽⁸⁾.

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 commerciale ⁽⁹⁾: non più il compimento di atti di commercio, ma l'esercizio di un'attività in forma commer-

⁽⁸⁾ *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).

⁽⁹⁾ §. 1: « Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. ^{II} 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 Schlepsschiffahrtsunternehmer; 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 ».

ziale, 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 imprenditoriale ⁽¹⁰⁾. In tal modo si raggiungeva il

(10) §. 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 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, Bern und Stuttgart, Haupt, 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*, Karlsruhe, Müller, 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

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 commercio ⁽¹¹⁾.

Per la prima volta, in forza di una clausola generale, si adottavano le modalità di esercizio e le dimensioni quali parametri per determinare l'applicazione del diritto commerciale, rendendo commerciali, oltre agli atti enumerati nel §. 1, anche 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 commercio ⁽¹²⁾. Con un ardito gioco di tecnica legislativa, peraltro, tale da disegnare alla fine un sistema perfettamente circolare, que-

auf Dauer angelegten organisierten Wirtschaftseinheit anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich werthafte Leistungen anbietet ».

⁽¹¹⁾ L'allargamento « des Kaufmannsbegriff » — spiegavano i redattori dell'HGB, in *Denkschriften*, cit., p. 8 — « wird hiernach als ein Bedürfniß 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 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 ».

⁽¹²⁾ 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

st'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 commercio ⁽¹³⁾.

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 ». Va ricordato, tuttavia, che in realtà, in qualche modo superando il criterio dell'oggetto dell'atto o dell'attività ai fini del riconoscimento della commercialità di un soggetto e della sua conseguente sottoposizione alle norme del diritto commerciale, già il *Gesetz* del 4 luglio 1868, in particolare tramite il terzo comma del §. 11, aveva qualificato come « Kaufleute » e ricondotto alla disciplina giuscommerciale 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. ^{II} Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. ^{III} 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. ^{II} 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, Torino, Utet, 1968, pp. 187-188, e le considerazioni di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 215-220.

(13) Il nuovo sistema, in conclusione, era così descritto da K. LEHMANN und V.

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 imprenditoriale ⁽¹⁴⁾. Ma soprattutto risultava archiviato il

RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, 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 ausreicht 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 letztere 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 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 ».

⁽¹⁴⁾ K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, p. 30, n. 1: « nicht fallen also unter § 2 trotz zu Grunde liegender Erwerbsabsicht die Unternehmungen von Aerzten (z. B. Privatkranken-, Privatentbindungs- ... Privatirrenstalten,

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, come fino ad allora la scienza giuridica e la giurisprudenza avevano sempre fatto, 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, bacini ⁽¹⁵⁾. Ma anche gli atti di quegli « Unternehmen », come la

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 Schausstellungen (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 Hypothekemäklern, ferner Auktionatoren, Agenturbureaus, Lotteriekollekteuren. Auch die Unternehmungen von Bau- und Maurermeistern gehören hierher ».

⁽¹⁵⁾ 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 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 Auschluss des Seerechtes*, Band 3, Erlangen, Palm & Enke, 1874, p. 7; W. ENDEMANN,

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'ADHGB ⁽¹⁶⁾.

Tanto più che il §. 343 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 preparatori, come l'acquisto di un fondo, e quelli dismissivi, come gli atti di

Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band 1, Leipzig, Fues, 1881, §. 14, p. 58; L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Band 1, Stuttgart, Enke, 1875, §. 47, pp. 546-547; F. VON HAHN, *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Band 2, Braunschweig, Vieweg, 1867, pp. 5-6, §. 9. Ora, invece, con il nuovo regime dell'HGB, K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, 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: Thonwaren- 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, Branntweinbrenner, 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 ».

⁽¹⁶⁾ « 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) ».

cessazione dell'impresa ⁽¹⁷⁾. 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 Camere ⁽¹⁸⁾; mentre il §. 345 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'HGB ⁽¹⁹⁾.

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

⁽¹⁷⁾ « Geschäfte » — avrebbe infatti chiarito R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, Mohr, 1928^{2/3}, 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. ^{II} 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 ».

⁽¹⁸⁾ §. 344: « die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. ^{II} 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*, Band 2, 19. Jahrhundert, München, Beck, 1989, p. 549.

⁽¹⁹⁾ §. 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 ». Era qui confermato, com'è noto, l'Art. 277 dell'ADHGB, nel senso del quale anche gli artt. 54 e 870 del Codice di commercio italiano del 1882.

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, « 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 » (20).

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 » (21): 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

(20) Si leggano, su questo cambiamento di prospettive, le suggestive pagine di P. GROSSI, *Itinerari 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*, Milano, Giuffrè, in particolare pp. 191-196.

(21) 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.

commercianti, degli artigiani e degli agricoltori ⁽²²⁾. Nascevano i presupposti del « *Wirtschaftsrecht* », quale vero e proprio diritto dell'economia suggerito dall'ordine economico-sociale sottostante, plasmato sui fatti concreti e alimentato perciò da fonti alternative a quella legislativa, come la consuetudine, la giurisprudenza, la scienza giuridica e l'amministrazione ⁽²³⁾.

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* ⁽²⁴⁾. Le prime avvisaglie di que-

⁽²²⁾ J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1939, pp. 2 e 15.

⁽²³⁾ 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 e statistica civile*, Firenze, Piatti, 1835, 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. Sauerermann und E.-J. Mestmäcker, Tübingen, Mohr, 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).

⁽²⁴⁾ 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

sta 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 cominciato a manifestarsi sotto diverse forme: la cosa, come spesso accade, esisteva prima del nome, il contenuto del contenente, il concetto della definizione ⁽²⁵⁾. Era però sorprendente, come avrebbe

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 Klausung. 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. KLAUSUNG, *Wirtschaftsrecht*, in *Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, herausgegeben von F. Klausung, H.C. Nipperdey, A. Nutzbaum, Marburg in Hessen, Elwert, 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, Tübingen, Mohr, 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, Karlsruhe, Müller, 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, Tübingen, Mohr, 1989, pp. 107-159.

⁽²⁵⁾ Si allude al movimento «giusliberista», secondo la fortunata formula di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 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 *Freirechtbewegung*, 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*, Milano, Giuffrè, 1998, e «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 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, se si vuole, F. MAZZARELLA, «*Stato fluido*»

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 politico ⁽²⁶⁾.

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

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, Roma, Aracne, 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 Wirtschaftslehren in Rechtsgeschichte und Philosophie*, herausgegeben von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004, pp. 129-161.

⁽²⁶⁾ « Es ist erstaunlich » — annotava infatti J.W. HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Mannheim-Berlin-Leipzig, Bensheimer, 1922, p. 7 — « wie rasch in drei oder vier oder fünf Jahren dieses 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 Kartotheke, 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 6, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 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).

fra il diritto applicato e il contesto socio-economico vissuto (27). 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 » (28): ogni tempo, per dirla con Hedemann, aveva una sua « impronta », che anche i giuristi avrebbero dovuto saper cogliere e recepire (29).

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 filosofia 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 » (30). 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,

(27) 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 ».

(28) J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 930.

(29) « *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*, Berlin, Heymanns, 1910.

(30) J. W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., pp. 8-11.

dove in maniera più accesa dove in maniera più tenue, pervadeva e informava ⁽³¹⁾: l'economia, « dieser Grundton », contaminava tutto ciò « was heute Recht ist » ⁽³²⁾.

Così, mentre i confini fra 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

⁽³¹⁾ « 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*, Berlin, Springer, 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 Arsenalen 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.

⁽³²⁾ J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 11. Già due anni prima sempre J.W. HEDEMANN, *Zur Einführung in die Rechtswissenschaft*, Jena, Kämpfe, 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 ».

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) ⁽³³⁾. 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 modellato ⁽³⁴⁾.

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 lavoro ⁽³⁵⁾. 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 « giuridico » ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ « *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).

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 13.

⁽³⁵⁾ 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, annunciava 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)* ».

⁽³⁶⁾ M. RUMPF, *Recht und Wirtschaft*, cit., p. 91: « *die Rechtstheorie hat heute die große Aufgabe, den nach den Zeiten eines atomisierenden Individualismus und*

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, individualistica ⁽³⁷⁾.

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 eventi ⁽³⁸⁾. Nel segno della filosofia eraclitea, della massima « πάντα ρεί », 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 offriva] 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 » ⁽³⁹⁾.

Spezialistentums einmal wieder neu entdecken 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 ».

⁽³⁷⁾ 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 ».

⁽³⁸⁾ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt*, Wien, Manzsche, 1906, p. 5.

⁽³⁹⁾ *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 vorge-

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 » (40). Era un campo nel quale il rapporto fra economia e diritto, « der Zusammenhang von Wirtschaft und Recht », giuocava 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 economica (41). 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 » (42).

brachten Behauptungen, mangels einer *communis opinio*, oft nur das Gewicht der eigenen bescheidenen Meinung in die Wagschale gelegt wird » (*ibidem*).

(40) *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*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1994⁴, pp. 63-275.

(41) 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*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, anche per un quadro delle diverse posizioni esistenti nella dottrina tedesca sulla natura dell'« Unternehmen ».

(42) 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 ».

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 persone (operai, impiegati, contadini, etc.) »⁽⁴³⁾. 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'« Un-

(43) 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, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co., 1999, in particolare 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, *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, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 123-189.

ternehmer », ma anche « la collettività », « un interesse generale », « un interesse pubblico » (44).

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 beni stabilmente coordinati per l'esercizio di un'attività economica produttiva (45). Non era funzionale agli interessi di un solo individuo, ma a quelli di molteplici 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 nazionale (46). Non si poteva spiegare e rappresentare l'assetto

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

(45) E. GLOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, FrancoAngeli, 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.

(46) 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 Haussmann (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*, Tübingen, Mohr, 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

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 individui⁽⁴⁷⁾. Come accaduto in passato, infatti, i singoli individui erano inclini, e forse anche obbligati, ad unirsi agli altri, formando in primo luogo 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 »⁽⁴⁸⁾.

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

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*, Diessenhofen, Rüegger, 1978.

⁽⁴⁷⁾ 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*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, specialmente pp. 237 ss.

⁽⁴⁸⁾ R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 1.

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 originari ⁽⁴⁹⁾.

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 di totalità, di unità, di complessità ⁽⁵⁰⁾; 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 fine ⁽⁵¹⁾. Con una precisazione essenziale,

⁽⁴⁹⁾ 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 ».

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ « Das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne » — scriveva K.E. VON

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 » (52).

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 » (53). Specialmente perché, come rilevava Leo Geller (1844-1925), nell'ordinamento del diritto privato, sotto il profilo definitorio, non figurava certo l'« Unternehmen an sich », ma solo

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 ».

(52) *Ibidem*.

(53) 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 stimolanti riflessioni di E. FECHNER, *Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft*, in *Antrittsvorlesungen der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn a. Rb.*, herausgegeben von K.F. Chudoba, Heft 7, Bonn, Scheur, 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 ».

« 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 » (54).

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 prassi (55). 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 legislativa (56). 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 commerciale (57).

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 chia-

(54) L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 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*.

(55) 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 ».

(56) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 11.

(57) Ivi, p. 12.

ramente si presupponeva, quale oggetto del trasferimento, « das gesamte Geschäftsvermögen, die Warenvorräte, die Betriebsmittel, die Geschäftsaktiven »⁽⁵⁸⁾. 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 organizzata⁽⁵⁹⁾. Il che, questo « Charakter des Unternehmens

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*. L'opinione, in dottrina, era largamente condivisa: cfr. in questo senso R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2.

⁽⁵⁹⁾ 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*, Wien, Manzsche, 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 Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäft begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldern 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

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 commerciale (60).

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 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 Übernahme 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. ^{II} 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 ».

(60) 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

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 utilizzata ⁽⁶¹⁾. Non si diceva cosa fosse quell'« Handelsgeschäft ».

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 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 Eigentümer 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 ».

⁽⁶¹⁾ Il §. 23 dell'HGB, che discendeva dall'Art. 23 dell'ADHGB (« die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert 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 ».

schäft » 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 « Vermögensbegriff » 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 » (62). 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 inteso (63).

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 » (64); o come il §. 7 della legge tedesca per la protezione

(62) *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, herausgegeben von H. Makower, Band 1, bearbeitet von F. Makower, Berlin, Guttentag, 1906¹³, p. 112.

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

(64) §. 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. ^{II} 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 §.

dei segni distintivi del prodotto, che fissava la regola secondo la quale il marchio avrebbe potuto trasferirsi solo insieme al « Geschäftsbetrieb » al quale apparteneva ⁽⁶⁵⁾. 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 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 » ⁽⁶⁶⁾.

Era perciò evidente, almeno per chi avesse voluto guardarlo con lenti appropriate, che il quadro legislativo era gremito di riferimenti a quell'unità giuridica organizzata che sul piano economico costituiva l'« Unternehmen », anche perché, volendo, l'elenco

20, invece, stabiliva: « zur Umschreibung des Markenrechtes im Sinne des §. 9 hat der Bewerber den Beweis der Erwerbung der betreffenden Unternehmung beizubringen. ^{II} 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) ».

⁽⁶⁵⁾ 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. ^{II} Solange der Uebergang in der Zeichenrolle nicht vermerkt ist, kann der Rechtsnachfolger sein Recht aus der Eintragung des Waarenzeichens nicht geltend machen. ^{III} 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 ».

⁽⁶⁶⁾ 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. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Milano, Giuffrè, 2005, specialmente pp. 81-175.

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 »⁽⁶⁷⁾; 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 »⁽⁶⁸⁾; la disci-

(67) 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*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, pp. 107-179, ma sia consentito rinviare anche a F. MAZZARELLA, *Diritto e invenzioni. Un'introduzione storica*, in corso di pubblicazione in « Rivista di storia del diritto italiano », 83, 2010.

(68) §. 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, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren 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

plina codicistica sui rapporti tra singoli 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 »⁽⁶⁹⁾; 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 commerciale⁽⁷⁰⁾; 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 »⁽⁷¹⁾; il §. 151

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 commento di D. BAER, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 mit Erläuterungen*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1913, pp. 311-337.

⁽⁶⁹⁾ §. 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 Gesellschaftern von der ihm nach §. 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschaftern 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 Gesellschaftern aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung ».

⁽⁷⁰⁾ §. 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 ».

⁽⁷¹⁾ Si veda R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 3. In base al §. 112,

della legge sull'assicurazione, 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 discendevano ⁽⁷²⁾.

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 titolare ⁽⁷³⁾. 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, Handelsbe-

« ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. ^{II} 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. ^{II} Die Vorschriften des §. 1638 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung ».

⁽⁷²⁾ §. 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. ^{II} 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 ».

⁽⁷³⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 3-4, e R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 188-203.

triebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen »⁽⁷⁴⁾; dei §§. 142 e 148 della *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 cessione⁽⁷⁵⁾; dei §§. 117, 129, 130

(74) 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. ^{II} 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 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 ».

(75) O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 137. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *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, Milano, Giuffrè, 2010, 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

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 omnicomprendivi ⁽⁷⁶⁾.

diesem Falle hat die Veräußerung, wenn nicht sehr wichtige Gründe eine andere Veräußerungsart empfehlen, in der im Executionsverfahren vorgeschriebenen 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 theilhaftig 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 ».

⁽⁷⁶⁾ 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], das Unternehmen als Ganzes zu verwerten ». 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 verwerten. ^{II} 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. ^{II} 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

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 giuridica (77).

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 organiz-

der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen. ¹¹ 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 ».

(77) 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 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 ».

zazione, energie e attività, rendeva insufficienti e inadeguate le categorie giuridiche tradizionali, prima fra tutte la « körperliche Gesamtsache » del §. 302 dell'ABGB⁽⁷⁸⁾. 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

(78) §. 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*, Wien, Manz, 1892⁶, Band 1, 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 1-7 (indice alfabetico compreso), Wien und Triest, Geistinger, 1811-1813, se si vuole nella traduzione italiana *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, voll. 1-7 (indice alfabetico compreso), Venezia, Picotti, 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, Padova, Cedam, 2006, pp. 1-34; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000², pp. 137-162; G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. I, *Individualismo e diritto privato* (1911), Torino, Giappichelli, 1959, 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*, Bologna, Patron, 1996, pp. 15-17 e 131-141. Inoltre F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 511-518, e G. WESENER und G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, ed. it. *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova, Cedam, 1999, pp. 218-222 e la bibliografia citata alle pp. 224-226.

diritti ⁽⁷⁹⁾. 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* ⁽⁸⁰⁾. 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 BGB ⁽⁸¹⁾.

La natura degli atti, dei contratti, dei negozi, la qualità del soggetto, il tipo di beni e la tipologia dell'attività non incidevano 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),

⁽⁷⁹⁾ 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).

⁽⁸⁰⁾ 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 an 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 ».

⁽⁸¹⁾ 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 ».

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 logistico ⁽⁸²⁾. Indipendentemente da tutto ciò, l'aspetto essenziale era e rimaneva la totalità, il complesso unitario creato e tenuto insieme dallo scopo economico ⁽⁸³⁾. 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 » ⁽⁸⁴⁾; vale a dire, come sottolineava Oskar Pisko (1876-1939), l'« Organisation der Produktionsmittel », che si manifestava nelle tecniche di confezionamento, nei canali di credito,

⁽⁸²⁾ 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 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 « Verlichene 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 ».

⁽⁸³⁾ « 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).

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 20.

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 aziendali ⁽⁸⁵⁾. Donde discendevano, per usare le parole di Geller, fattori diversi come la « Besitzenergie », la « Qualität der Kundbarkeit », il « Kapazitätsfaktor », l'« Intensitätsfaktor », la « Geneigtheit » ⁽⁸⁶⁾.

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 contempo li costituiva in « Rechtseinheit », differenziando ciascuna parte, la loro somma e la loro molteplicità, dal tutto unico dell'« Unternehmen » ⁽⁸⁷⁾. Crollava, per la prima

⁽⁸⁵⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 19.

⁽⁸⁶⁾ 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 eine Gesellschaft, eine Genossenschaft, ein Gebietsverband, kurz, ein Kollektivsubjekt verschiedener Verfassung sein kann; 2. die spezifischen Inhalte ihrer polaren Willenzustände, nämlich: a) des Erwerbsstrebens, 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).

⁽⁸⁷⁾ K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., pp. 22-23, a tal proposito,

volta, grazie al lavoro in profondità di Ohmeyer, Pisko, Müller-Erbach, 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 » (88).

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 » (89). L'idea di un complesso giuridico

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 ».

(88) R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 37.

(89) 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. Rechtstheoretische Grundlegung*, Bonn, Röhrscheid, 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 Oberein-

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 unità ⁽⁹⁰⁾. Ogni enumerazione di beni, infatti, avrebbe fatto difetto

heit und aus der voluntaristisch-utilitaristischen Einstellung des Subjektes seine individuelle Eigenart zu entwickeln » (ivi, p. 128).

⁽⁹⁰⁾ 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. ^{II} Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, 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.

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 »⁽⁹¹⁾. L'« Unternehmen » era un'opera d'arte, una creazione geniale, un prodotto del più sagace lavoro spirituale⁽⁹²⁾. 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 »⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ 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 zusammengewürfelte Sachen und Menschen bildet kein Unternehmen. Vielmehr ist das Unternehmen ein kunstvolles Gebäude, bei dem nach wohlervogenen 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 » (pp. 23-24).

⁽⁹²⁾ 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 ».

⁽⁹³⁾ 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

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 »⁽⁹⁴⁾. 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 commerciale⁽⁹⁵⁾. Tutto questo, che qualificava un bene unitario e che aveva

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 ».

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 28.

⁽⁹⁵⁾ « Unter den Chancen » — precisava R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 30-31 — « kann man im wesentlichen drei Gruppen unterscheiden. 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 ».

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 » (96).

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'erede (97). 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 capitale, (98). Il « Recht am Unternehmen » dava protezione all'« Unterneh-

(96) Ivi, p. 31.

(97) 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).

(98) 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*).

men » 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 esercitata ⁽⁹⁹⁾.

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 » ⁽¹⁰⁰⁾. 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 » ⁽¹⁰¹⁾. 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

⁽⁹⁹⁾ « 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.

⁽¹⁰⁰⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 17.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

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 materiali ⁽¹⁰²⁾.

L'organizzazione dell'attività d'impresa, del complesso aziendale, del programma lavorativo, delle macchine e degli attrezzi aveva un valore patrimoniale unitario, che rappresentava l'essenza stessa dell'« Unternehmen », costituiva il bene da proteggere e poteva essere oggetto di specifici contratti ⁽¹⁰³⁾. 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 accessori ⁽¹⁰⁴⁾. 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 locazione ⁽¹⁰⁵⁾. Sicché, entrando il « Recht am Unternehmen » nell'ordina-

⁽¹⁰²⁾ 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 ».

⁽¹⁰³⁾ R. MÜLLER-ERZBACH, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, in « Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 64, 1909, pp. 530-549.

⁽¹⁰⁴⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 19-20.

⁽¹⁰⁵⁾ 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

mento 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 nelle quali esso avrebbe concretamente potuto assumere rilievo, ovvero, e meglio, sulle occasioni nelle quali avesse assunto rilievo il suo valore unitario ⁽¹⁰⁶⁾.

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,

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 nel 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 ».

⁽¹⁰⁶⁾ 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.

alla libertà o alla proprietà altrui ⁽¹⁰⁷⁾. 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 protezione ⁽¹⁰⁸⁾.

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, 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 sleale ⁽¹⁰⁹⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, il diritto sull'« Un-

⁽¹⁰⁷⁾ §. 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. ¹¹ 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*, Tübingen, Mohr, 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, Karlsruhe, Müller, 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.

⁽¹⁰⁸⁾ R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb*, cit., pp. 7-41, mentre sull'uso del §. 826 BGB pp. 201-223.

⁽¹⁰⁹⁾ « Inhalt des Rechts am Unternehmen » — sintetizzata 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 verkör-

ternehmen » 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 ingannevole ⁽¹¹⁰⁾. 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 proprio oggetto del traffico giuridico, da poter sfruttare quindi anche attraverso la cessione a terzi ⁽¹¹¹⁾: la « Unternehmensorganisation », per usare le

perten Immaterialgüter, Organisation, Erfahrungen und Kundschaft vor Beeinträchtigung und Vernichtung, sowie vor der Benutzung durch unbefugte Dritte geschützt ».

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, pp. 57-58. Alcuni nessi fra 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.

⁽¹¹¹⁾ 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. PRSKO, *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

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“ » (112).

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 clientela (113). 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 commerciale (114). 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 pubblico (115). Poiché, però, ciascun « Unternehmen » aveva una 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,

eigene Arbeit oder durch Überlassung an einem Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann ».

(112) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

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

(114) « 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 ».

(115) Come scriveva L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., *Schluß*, p. 985, occorreva 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 ».

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 ditta ⁽¹¹⁶⁾.

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 » ⁽¹¹⁷⁾. 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 » ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ « 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 ».

⁽¹¹⁷⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

⁽¹¹⁸⁾ 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

Trasferimento dell'« Unternehmen » significava trasferimento dell'« 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 identificazione ⁽¹¹⁹⁾. 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 giornalisti ⁽¹²⁰⁾.

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 ».

⁽¹¹⁹⁾ 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 ».

⁽¹²⁰⁾ « 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

Nemmeno il trasferimento del nome commerciale, vietato dalla legge se non collegato al corrispondente « Unternehmen », sarebbe stato sempre idoneo « a trasmettere la capacità di vendita » ⁽¹²¹⁾.

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 parte ⁽¹²²⁾; ma

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 Etablissementsnamen zu sehen und den bürgerlichen Namen oder die Firma des Unternehmens nicht zu beachten. Bei Zeitungsunternehmen 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, sondern nur der Name des Etablissements lebendig und knüpft sich die die Grundlage des sicheren Absatzes bildende Vorstellung, in diesem Gewerbebetriebe geeignete Produkte zu erhalten, nur an die Bezeichnung des Etablissements ».

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 29.

⁽¹²²⁾ 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-Erbach, 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-ERBACH, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, cit., pp. 546-549. In merito a « die „Execution auf Unternehmungen“ — ein

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 finanziamento ⁽¹²³⁾.

Dalla vendita alla locazione, dal pegno al fallimento, l'« Unternehmen », quale unità giuridica, si configurava, pertanto, come un « Rechtsobjekt », che 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 » ⁽¹²⁴⁾. 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 venditore ⁽¹²⁵⁾; 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 forzata ⁽¹²⁶⁾.

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.

⁽¹²³⁾ G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand*, cit., pp. 553-554.

⁽¹²⁴⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 47.

⁽¹²⁵⁾ §. 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. ^{II} Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen ».

⁽¹²⁶⁾ O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 88-173.

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 giovane 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 »⁽¹²⁷⁾. Al termine del suo libello, il 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 dispositivo⁽¹²⁸⁾: 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,

⁽¹²⁷⁾ H. REICHE, *Das Recht am Unternehmen*, Greifswald, Poettke, 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.

⁽¹²⁸⁾ « 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 ».

oltre, eventualmente, a quella generale dettata dai §§. 823 e 1004 del BGB ⁽¹²⁹⁾.

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 affatto 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'interesse 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 » ⁽¹³⁰⁾. Già dal 1873, dai tempi del

⁽¹²⁹⁾ 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. ^{II} Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist ».

⁽¹³⁰⁾ M. STOLLEIS, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?*, cit., pp. 1-13. Si vedano anche, dello stesso Autore, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche*

“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, fisco ⁽¹³¹⁾.

Recht, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 11, 1989, specialmente pp. 134-147, e *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur. 1914-1945*, München, Beck, 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 fra 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*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁽¹³¹⁾ 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 mitteleuropäischen Raum*, herausgegeben von H. Lück, Köln, Weimar und Wien, Böhlau, 1998, pp. 77-103; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, *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, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1954, pp. 1-152; M. VEC, *Interventionsstaat*, in corso di pubblicazione nella seconda edizione dell’*Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von A. Cordes, H. Lück und D. Werkmüller, Berlin. Si veda anche, volendo, F. MAZZARELLA, *Percorsi dell’individualismo giuridico. Dal proprietario all’azionista delle multinazionali*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1/2004, 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*, Frankfurt am Main/Berlin, Ullstein, 1990²³, specialmente pp. 597-618 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, Cambridge University Press, 1968, trad. it. *Storia del Mondo Moderno*, vol. XII, *I grandi conflitti mondiali (1898-1945)*, Milano, Garzanti, 1972, pp. 41-96.

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 » (132). 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 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 fra 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 » (133). L'« Unternehmen », da questo stato di cose, usciva

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

(133) 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*, Marburg in Hessen, Elwert, 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

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 comunità ⁽¹³⁴⁾. 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'ordinamento ⁽¹³⁵⁾.

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 fondavano ⁽¹³⁶⁾.

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, 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.

⁽¹³⁴⁾ E. HEYMAN, *Die Rechtsformen*, cit., p. 9.

⁽¹³⁵⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 232-238. Si vedano anche G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 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*, Tübingen, Mohr, 1999, pp. 12-18; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 132-138; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, pp. 597-600. Per un'introdu-

Ciò avveniva, 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 comune ⁽¹³⁷⁾. Al cuore di questo corpo, l'« Unternehmen » si pre-

zione storica alla Repubblica di Weimar si vedano almeno A.S. ERUSALIMSKIJ, *Da Bismarck a Hitler. L'imperialismo tedesco nel XX secolo*, vol. I, Roma, Editori Riuniti, 1974²; C. KLEIN, *La repubblica di Weimar*, Milano, Mursia, 1970; W. LAQUER, *La Repubblica di Weimar*, Milano, Rizzoli, 1977; A. ROSENBERG, *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1972.

⁽¹³⁷⁾ 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. ^{II} Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls. ^{III} 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. ^{II} 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. ^{II} 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. ^{II} 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

sentava 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 produttive ⁽¹³⁸⁾; restava ferma, per lo Stato, la possibilità di « socializzare », in via legislativa, le « private wirtschaftliche Unternehmungen », di concorrere, direttamente o indirettamente, all'amministrazione di « wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände » e soprattutto

halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. ^{III} Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste »).

⁽¹³⁸⁾ Art. 165: « die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit 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*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 111-122.

di fonderle allo scopo di assicurare la miglior cooperazione di tutte le componenti sociali ⁽¹³⁹⁾.

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, del credito, della banca e della borsa, ma anche del diritto delle associazioni e delle unioni ⁽¹⁴⁰⁾. Ma soprattutto, nell'ordinamento austriaco, l'« Unternehmen » affiorava, sul piano legislativo, nella sua veste unitaria di

⁽¹³⁹⁾ 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 ».

⁽¹⁴⁰⁾ 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

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 magazzino ⁽¹⁴¹⁾.

In questo contesto, piuttosto che ammainare la bandiera dell'« *Unternehmen* », la cultura giuridica cercava di rinsaldarne le linee concettuali, inaugurando, con Karl Wieland, 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 percorso 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

nicht umland- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt; Sozial- und Vertragsversicherungswesen ».

⁽¹⁴¹⁾ §. 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. ^{II} 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 Zerreißen des wirtschaftlichen Zusammenhanges entstehen, sind besonders zu vergüten ».

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 »⁽¹⁴²⁾. 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 »⁽¹⁴³⁾; 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'impresa⁽¹⁴⁴⁾; infine tutte le relazioni e i rapporti giuridico-

⁽¹⁴²⁾ 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 schiebt 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 ».

⁽¹⁴³⁾ K. WIELAND, *Handelsrecht*, Band 1, *Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1921, pp. 240-241.

⁽¹⁴⁴⁾ 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 d'autore, 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 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, Preisdi-

economici in qualsivoglia 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 » (145).

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 imprenditoriale (146). 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 aggiunto (147). Il che non impediva di rilevare concettualmente l'esistenza di quegli specifici elementi (attività, patrimonio, capacità di profitto), che facevano dell'« Unternehmen » il momento di sintesi della combinazione

plome, 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. ».

(145) « 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. Ebensovienig sind sie Sachen oder sächähnliche 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).

(146) Ivi, p. 248.

(147) *Ibidem*.

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 commerciale ⁽¹⁴⁸⁾.

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 Oppikof (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 prodotti ⁽¹⁴⁹⁾; 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'intero ⁽¹⁵⁰⁾; proprio come sostenuto da Wieland, il collegamento

⁽¹⁴⁸⁾ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 239-240.

⁽¹⁴⁹⁾ H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1927, p. 1.

⁽¹⁵⁰⁾ « 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*).

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'organizzazione 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 »⁽¹⁵¹⁾.

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 svolte⁽¹⁵²⁾. 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 »⁽¹⁵³⁾. L'organizzazione, intesa come collega-

⁽¹⁵¹⁾ H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 2.

⁽¹⁵²⁾ « Schließlich » — argomentava H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 4 — « muß anerkannt werden, daß die vom Unternehmer ausgehende Tätigkeit, der Unternehmegerist, 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 ».

⁽¹⁵³⁾ Ivi, p. 7. Anche J. VON GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 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*, Wien, Hölder-Pichler-Tempsky A.G., 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

mento delle singole forze sulla base di un piano economico teso a conseguire un risultato, era funzionale all'esercizio dell'attività economica: « l'Unternehmen », pertanto, non era « concretamente concepibile senza l'attività economica »⁽¹⁵⁴⁾. 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 »⁽¹⁵⁵⁾.

Con queste precisazioni, l'« Unternehmen » si avviava ad includere stabilmente, nella sua definizione, l'elemento dell'« attività »⁽¹⁵⁶⁾. 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

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).

⁽¹⁵⁴⁾ H. OPIKOFER, *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 ».

⁽¹⁵⁵⁾ J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., p. 46.

⁽¹⁵⁶⁾ « Die organisierende Tätigkeit des wirtschaftenden Menschen », come scriveva H. OPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 5.

figura dell'« Unternehmer »⁽¹⁵⁷⁾; 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 capacità organizzativa, alle sue conoscenze e alle sue relazioni⁽¹⁵⁸⁾. Nemmeno senza un elemento soggettivo, senza l'« Unternehmer », sarebbe stato possibile concepire l'« Unternehmen »⁽¹⁵⁹⁾.

La revisione, negli anni Venti e Trenta del Novecento, del concetto di « Unternehmen » secondo una logica analitica 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 » assu-

⁽¹⁵⁷⁾ Ivi, p. 11. Ma cfr. anche G. HUSSERL, *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin, Springer, 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*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 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.

⁽¹⁵⁸⁾ « 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 Werkkraft 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 ».

⁽¹⁵⁹⁾ « 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 ».

meva contorni sfrangiati, configurandosi come il punto di fuga di tre elementi diversi, a loro volta suscettibili di assumere forme differenti e capaci di contenere una molteplicità di beni: 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 categorie ⁽¹⁶⁰⁾. 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 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 attività ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ 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.

⁽¹⁶¹⁾ 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).

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 differenti ⁽¹⁶²⁾. 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 scopo ⁽¹⁶³⁾. 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.

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,

⁽¹⁶²⁾ 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, Dresden, Dittert, 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, Jena, Fischer, 1925, p. 42, invece, adoperava « die beiden Ausdrücke Unternehmung und Unternehmen ... als gleichbedeutend », dal momento che « der Sprachgebrauch macht keine solche Unterscheidungen ».

⁽¹⁶³⁾ « 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*, Leipzig, Weicher, 1927, p. 3 — « gehen sprachlich auf die Tätigkeitsworte „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 ».

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 scopo ⁽¹⁶⁴⁾. 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 bisogno pubblico, uno scopo sociale ⁽¹⁶⁵⁾. 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 » ⁽¹⁶⁶⁾. Un « Unternehmen », pertanto, po-

⁽¹⁶⁴⁾ E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen*, cit., pp. 4-22.

⁽¹⁶⁵⁾ « 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).

⁽¹⁶⁶⁾ 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 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 pp. 41-42, fermo restando che « gelegentlich wird im

teva comprendere più « Betriebe »; al servizio del medesimo scopo di un « Unternehmen » potevano stare attività con diverse tecniche; più « Betriebe » potevano, per conto del medesimo « Unternehmen », svolgere autonome attività e perseguire specifici scopi tecnici ⁽¹⁶⁷⁾.

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 » ⁽¹⁶⁸⁾; di accentuare, nella definizione

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) ».

⁽¹⁶⁷⁾ « 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).

⁽¹⁶⁸⁾ « 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 Stan-

del concetto giuridico di « Unternehmen », più l'aspetto economico o quello tecnico, più « l'attività o l'unità organizzativa » (169). Se il momento obiettivo, quello statico dell'organizzazione, aveva ricevuto sufficiente considerazione, anche e 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 » (170).

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 » (171): « die Betriebstätigkeit », vale a dire il profilo subiettivo consistente nell'attività dell'imprenditore (172); « 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,

dpunkt 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.

(169) P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, cit., p. 122.

(170) Ivi, p. 124.

(171) « 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 particolar 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.

(172) « 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).

espropriazione, esecuzione forzata ⁽¹⁷³⁾; infine « die Betriebsgemeinschaft », la comunità umana di imprenditore e lavoratori ⁽¹⁷⁴⁾.

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 natura ⁽¹⁷⁵⁾; un concetto aperto, capace di assumere contenuti e significati congeniali ai vari settori del diritto ⁽¹⁷⁶⁾; un « microsi-

⁽¹⁷³⁾ « 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).

⁽¹⁷⁴⁾ « Die dritte Seite des Unternehmens im weiteren Sinn, welche ihre selbständige rechtliche Behandlung erfährt » — concludeva Gierke — « ist die personenrechtliche Betriebsgemeinschaft, der Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern » (ivi, p. 10).

⁽¹⁷⁵⁾ Di « paradigma dell'impresa » ha di recente parlato C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, Mondadori, 2008, in particolare pp. 157-159.

⁽¹⁷⁶⁾ Ciò che fa dell'« Unternehmen » — come sottolineato da V. AFFERNI, *La dottrina tedesca e la nozione di impresa nei Trattati della CEE e CEE*, in *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, Milano, Giuffrè, 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 ».

stema», nel quale si coordinavano, a diverso titolo e in forme mutevoli, « acquisizione, trasformazione, alienazione di energie, trasmissione di notizie, innovazione »⁽¹⁷⁷⁾; un vero e proprio « Aleph », per dirla con Borges, « uno dei punti dello spazio che contengono tutti i punti ».

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, agevolato l'aderenza tra le forme giuridiche e 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 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 commerciale⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., p. 57.

⁽¹⁷⁸⁾ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., p. 248: « die Auflö-

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»⁽¹⁷⁹⁾. 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»⁽¹⁸⁰⁾. 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 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»⁽¹⁸¹⁾.

Il giurista, come nel 1928 ribadiva Müller-Erbach, non poteva che adottare una prospettiva d'insieme, una visione unitaria del

sung 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 ».

⁽¹⁷⁹⁾ 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. Pawlowski, G. Wiese und G. Wüst, München, Beck, 1977, pp. 15-36.

⁽¹⁸⁰⁾ Si vedano i diversi profili esaminati nei saggi raccolti sotto l'epigrafe *Unternehmensrecht* in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, cit., pp. 9-233.

⁽¹⁸¹⁾ K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 248-249.

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 industriali ⁽¹⁸²⁾. Diventava determi-

⁽¹⁸²⁾ 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 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

nante 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 contratti, prevedere l'esecuzione forzata sull'« Unternehmen » (183). 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 commerciale (184). 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 » (185): 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 » (186).

Fra anni Trenta e Quaranta, nel contesto di un clima, alimentato dallo spirito nazionalsocialista, di aggregazione e superamento

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.

(183) Ivi, pp. 74-85.

(184) Ivi, pp. 74-78.

(185) 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*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, pp. 1-46, si veda J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 932-933.

(186) R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 73.

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 »⁽¹⁸⁷⁾. 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 »⁽¹⁸⁸⁾; 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 »⁽¹⁸⁹⁾.

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 (il *fonds de commerce* francese), giacché fino a quando il diritto vigente fosse rimasto chiuso nel prime-

⁽¹⁸⁷⁾ 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).

⁽¹⁸⁸⁾ « 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).

⁽¹⁸⁹⁾ 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.

tro dell'HGB, imprigionato tra i concetti di « Kaufmann » e di « Handelsgeschäfte », chi avesse voluto introdurre nel lessico giuridico il concetto di « Unternehmen », traendo 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 positivo ⁽¹⁹⁰⁾.

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 fra imprenditore, impiegati e operai, uniti nel bene del popolo e dello Stato ⁽¹⁹¹⁾. Il capo dell'« Unternehmen » avrebbe deciso l'indirizzo dell'attività commerciale e scandito l'andamento del processo lavorativo ⁽¹⁹²⁾; 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 fiducia ⁽¹⁹³⁾; avrebbe predisposto

⁽¹⁹⁰⁾ 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*, Berlin und New York, Walter de Gruyter, 1990.

⁽¹⁹¹⁾ 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 ».

⁽¹⁹²⁾ §. 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 ».

⁽¹⁹³⁾ §. 3: « bei juristischen Personen und Personengesamtheiten sind die gesetzlichen Vertreter Führer des Betriebes. ^{II} Der Unternehmer oder bei juristischen

un ordine d'impresa, nel quale sarebbero stati fissati per iscritto l'orario di lavoro, le pause, le linee guida della produzione, i principi sui quali fondare gli accordi di lavoro ⁽¹⁹⁴⁾. L'unità dell'« Unterneh-

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 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 ».

⁽¹⁹⁴⁾ §. 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 ».

men » 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 delineasse una nozione unica ed univoca ⁽¹⁹⁵⁾. Ora organizzazione,

⁽¹⁹⁵⁾ 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 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*, Breslau, Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, 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, 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

ora 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 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 organizzativo, fra pregiudizio all'organizzazione e pregiudizio all'attività, fra segni della persona e segni dell'impresa ⁽¹⁹⁶⁾; avrebbe fornito, ad un'Europa in

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. ¹¹ 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.

⁽¹⁹⁶⁾ 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

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 ricerche ⁽¹⁹⁷⁾: « 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 » ⁽¹⁹⁸⁾.

Unternehmen im engeren Sinn und damit auch das Handelsgeschäft » nella sua dimensione unitaria, complessa e collettiva, innanzitutto quale « Sondervermögen ».

⁽¹⁹⁷⁾ 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, *Itinerarii dell'impresa*, cit., e *Scienza giuridica italiana*, cit., in particolare pp. 190-211.

⁽¹⁹⁸⁾ M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, Utet, 1951, p. 4.