

Carlotta Latini

“Una solidarietà latente d’interessi”. Stato, solidarietà e funzione sociale dell’impresa tra Otto e Novecento

"A Latent Solidarity of Interests". State, Solidarity and the Social function of the Company between the 19th and 20th Centuries

SOMMARIO: 1. Solidarismo, socialismo giuridico e questione sociale. L’abbandono della prospettiva individualistica – 2. Funzione sociale, scopo sociale. Una nuova concezione di impresa.

Starting with an examination of the social question and its repercussions, the essay discusses, in the light of the boundaries between commercial law and private law, the entry of the social into the sphere of commercial law and the Commercial Code.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, SOLIDARITY, COMPANY SOCIAL FUNCTION

1. Solidarismo, socialismo giuridico e questione sociale. L’abbandono della prospettiva individualistica

Non è un caso, credo, che nelle prime pagine della *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Tullio Ascarelli, dopo avere diviso la storia del diritto commerciale in quattro periodi ovvero quello del diritto commerciale come diritto corporativo, come diritto statale, la fase del trionfo del liberalismo, e dell’unificazione del diritto delle obbligazioni unito alla commercializzazione del diritto privato, ponga al centro della sua riflessione la produzione industriale *in massa*¹. L’emersione della centralità dell’economia subisce una indubbia accelerazione durante la Prima guerra mondiale².

Infatti fino a quel momento i vecchi schemi mutuati dalla codificazione napoleonica o al limite dalla pandettistica avevano potuto funzionare, ma la Grande guerra aveva dimostrato come l’economia e di conseguenza il diritto avessero una complessità maggiore rispetto a quanto i codici, civile e commerciale potessero esprimere, con una conseguente profonda trasformazione della struttura economica

¹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano, 1957, 2° ed., pp. 3 e ss.

² P. GROSSI, *Itinerari dell’impresa*, in *Quaderni fiorentini*, XXVIII (1999), pp. T. II, p. 1001; sonders E. Heymann, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft*, Marbug, 1921, p. 39, il quale sottolinea il carattere occasionale dei provvedimenti di guerra.

e sociale. Per questo, se non altro, si è parlato dei “germi” di un diritto nuovo, un diritto che tenesse conto di beni, di organizzazioni, di comunità.

Nel codice di commercio del 1865 la nozione di impresa era fortemente legata al modello francese: Borsari lo dirà quasi in apertura del suo *Commentario*, a proposito delle imprese di manifatture³. Nella sua Relazione al re, Borsari ricorda come ormai tutto un ordine di fatti economici attinenti *allo esplicitamento del principio di associazione e del credito va sorgendo nella società moderna potente*⁴. Dunque non che mancasse il concetto di impresa, ma di certo questo era lontano dai nuovi contenuti di cui si sarebbe riempito alcuni decenni dopo.

L’idea della Prima guerra mondiale come momento di cesura definitivo risulta inoltre molto convincente anche se la questione sociale era sorta già qualche tempo prima e non aveva lasciato indifferente il diritto privato ed i suoi cultori⁵. La questione sociale nel corso del secolo XIX ha infatti contribuito a porre il problema del rapporto tra capitale e lavoro e a mettere in luce l’egoismo della prospettiva individualistica scelta dal codice civile del 1865 relativamente ai rapporti tra i privati. Non da meno erano state le scelte del codice di commercio del 1865 e di quello del 1882: il primo era tutto spostato verso il commerciante e gli atti di commercio, fino ad investire della sua disciplina i terzi non commercianti, colpiti però *meno severamente* (lib. I, tit. I), il secondo conteneva quell’art. 54, in base al quale se un atto è commerciale per una delle parti lo è anche per tutti gli altri contraenti, che sono soggetti alla legge commerciale, tranne che per alcuni profili, estendendo a dismisura l’applicazione dello *ius singulare*.

La diffusione del solidarismo avviene in Italia anche separatamente rispetto al socialismo, mentre forme di “infiltrazione” del socialismo giuridico o comunque di un riformismo socialmente orientato si riscontrano anche nella dottrina giuscommercialistica italiana, come nota Libertini opportunamente, rifacendosi alle considerazioni di Vivante rispetto ad una legislazione sociale inclusiva della tutela dei consumatori⁶.

Il socialismo giuridico italiano si presenta infatti in forma composita, raccogliendo approcci multiformi e autori dai tratti anche molto diversi⁷. Alcuni di essi hanno in comune una certa propensione al rinnovamento del diritto, ma la visione delle modalità con cui perseguire tale riforma si divideva tra le differenti posizioni dei giuristi evolucionisti, solidaristi, positivisti, socialisti e di destra, penalisti sensibili alla questione operaia e più in genere sociale, civilisti, ecc. L’ambiguità di fondo del socialismo giuridico, tra aspetti positivi e lati molto opachi, era anche il prodotto del

³ L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d’Italia annotato dal Cav. Luigi Borsari*, P. I, Torino, 1868, p. 29.

⁴ L. BORSARI, *Relazione*, in *Codice di commercio del Regno d’Italia*, cit., p. 14.

⁵ P. GROSSI, *‘La scienza del diritto privato’ – Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo – 1893/896*, Milano, 1988, pp. 31 e ss.

⁶ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società*, I (2013) pp. 4-5; C. Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio*, in *La riforma sociale* (1899), pp. 25 ss.; ID., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale* (1902), pp. 345 e ss.

⁷ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1893- 1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III-IV (1974-1975), Il “socialismo giuridico”, t. I, p. 562.

binomio dell'individualismo e del solidarismo, e si riscontra nella posizione di civilisti e commercialisti italiani, non definibili socialisti, ma come si vedrà molto attenti ad alcuni problemi sociali e alla loro rilevanza giuridica. L'ingresso nel diritto delle scienze sociali e del loro metodo rinnovato inoltre induceva molti giuristi a riflettere sul nesso tra lo stato e la società, tra codici (commerciale, civile) e società.

L'ultimo decennio del secolo XIX, si apre e chiude idealmente, per la civilistica, con due lezioni che contenevano la stessa critica: da un lato, quella del 1891 di Emanuele Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, e l'altra di Gian Pietro Chironi, del 1898 *L'individualismo e la funzione sociale del diritto*⁸. Si tratta di quella che è stata definita *parentesi neoterica*⁹ alludendo all'esperienza di una parte della civilistica italiana che aveva denunciato l'individualismo del codice civile sollevando il problema dell'intervento urgente dello stato con una critica "sociale" del codice civile del 1865. Il punto di tale discussione riguardava proprio l'apparente sinallagma contrattuale, cui faceva da contraltare il sostanziale squilibrio tra le parti, a favore di quella predisponente. Un esempio per tutti, quello della *locatio operarum*, o contratto di locazione delle opere¹⁰ ex articolo 1570 del c.c., secondo uno schema romanistico che non può tradursi nell'espressione contratto di lavoro, e che susciterà tra le più importanti riflessioni sul tema, ma si pensi anche ai contratti agrari, come pure all'esecuzione dei contratti in genere. Al di là degli esiti di questo processo di rinnovamento della scienza giuridica, se, come è stato detto sarà la tradizione a vincere, e cioè quella della romanistica della *Pandektenwissenschaft*¹¹, la scienza giuridica italiana ed europea affronterà la cosiddetta questione sociale con approcci differenti¹²: Gianturco, Nicola Coviello, Chironi, sono tra gli autori maggiormente sensibili ad

⁸ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, p. 44. Lo "scarno" schema della locazione delle opere contenuto nel codice civile italiano del 1865, opponeva alla complessità del mondo industrializzato e della sua impresa il silenzio del diritto romano, chiuso rispetto al mondo del lavoro.

⁹ *Neoterici* sono i civilisti innovatori che prendono le distanze dal cosiddetto metodo esegetico. Cfr. P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1988), p. 170, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

¹⁰ Cfr. sul punto G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, p. 5; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Milano, 2006, pp. 355 e ss.; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, 2006; C. LATINI, «L'araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV (2006), pp. 660 e ss.

¹¹ A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1981, vol. XXXI, pp. 592-608. Cfr. ora H.P. Haferkamp, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XL (2011), pp. 177 e ss. che rilegge l'esperienza della pandettistica evidenziando come i pandettisti fossero giudici.

¹² G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2010, pp. 151 e ss.

essa, pur non essendo, socialisti¹³. L'approccio di Coviello come di altra parte della scienza giuridica italiana associava al solidarismo e alla critica sociale del diritto privato codificato un'idea di riforma del diritto rimessa all'opera dello Stato, ma anche ad un ruolo più significativo del giudice e della giurisprudenza. Si trattava della *vexata quaestio* che aveva agitato anche il socialismo giuridico e in generale la scienza giuridica negli ultimi anni dell'Ottocento e cioè se si dovesse pensare ad una riforma tutta legislativa del diritto e anche qui, riforma realizzata solo attraverso leggi speciali senza modificare il Codice civile, oppure consentire un adeguamento del diritto attraverso l'attività giurisprudenziale¹⁴. Infatti, come ricordava Emanuele Gianturco, se da un lato si era avuto prima lo *stato paterno*, dall'altro si era passati ad uno *stato indifferente*. In seguito alle teorie economiche del *laissez faire*, nella lettura smithiana della opportunità di una sola funzione integrativa dello stato laddove l'attività individuale non avesse avuto uno stimolo sufficiente, emergeva un concetto di stato che segnava la riscossa del sentimento di libertà individuale che aveva fortemente segnato l'esperienza della codificazione¹⁵. Per altro verso, se pare criticabile la posizione di uno *stato indifferente*, lo *stato onnipotente* proposto dai socialisti di cattedra¹⁶ finiva per essere poco credibile per i giuristi neoterici che pure nel socialismo, tacciato di utopismo, trovavano alcuni elementi condivisibili. La scienza giuridica coeva non riusciva a scardinare questa concezione, anche se reputava necessario che il diritto contrattuale fosse rinnovato dallo spirito sociale. In Francia, una nuova giurisprudenza, di stampo creativo, muoveva le acque statiche del diritto codificato, con alcune sentenze che avevano suscitato polemiche. Si pensi, ad es., all'emersione dello stato di necessità come scriminante¹⁷ e che aveva trovato

¹³ Come del resto non lo era il suo Maestro. Sul socialismo giuridico cfr. D. DI CECCA, «*Il socialismo dei giuristi*». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, III (2013), http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/di_cecca_3.pdf; M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il contributo alla storia Pensiero – Diritto*, Roma, Treccani, 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/); M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010; M.G. LOSANO, *Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 2000, pp. 109-151; P. BENEDEUCE, "Punto di vista amministrativo" e Stato di diritto. *Aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell'Ottocento*, in *Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento*, X (1984), pp. 139-136; *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986; M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III-IV (1974-75), pp. 557-642.

¹⁴ Cfr. sul punto M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXX (2002), pp. 69-184.

¹⁵ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale (1891)*, in *Opere giuridiche*, vol. 2, *Teoria generale – scritti varii – successioni – obbligazioni*, Roma, 1947, p. 265.

¹⁶ G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1999, pp. 76 e ss.: Tra i «socialisti cattedratici» dell'Associazione per la politica sociale, il socialismo di stato fu sostenuto nella maniera più radicale da Adolph Wagner.

¹⁷ R. MAJETTI, *Le sentenze del Presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret*, S. Maria Capua Vetere, 1901, Parte Prima, *Il diritto alla vita*, pp. 33 e ss. Vi si affrontano e

in Italia alcuni giuristi molto interessati al fenomeno. Il superamento dell'approccio esegetico e della sua *sécheresse*¹⁸ e la prevalenza dell'approccio pandettistico si rifondavano in maniera sincretistica alla luce del solidarismo e dell'idea sociale, delle correnti economiche e sociologiche dando vita a un nuovo approccio che se non avrebbe prodotto effetti nell'immediatezza, sicuramente ne avrebbe avuti nel futuro.

Così, da un lato, Gianturco richiamerà l'attenzione della scienza giuridica sulla libertà contrattuale che "ferisce l'equità"¹⁹ ricordando il problema di alcune condizioni contrattuali inique che spesso gli agricoltori erano costretti ad accettare, come il patto di non chiedere la riduzione dell'estaglio o canone d'affitto per i casi fortuiti impreveduti e imprevedibili, patto, ormai divenuto 'una clausola di stile' indubbiamente vessatoria. Non solo, ma Gianturco segnalava come un principio fondamentale *signoreggiasse* in tutti i codici moderni e in particolare nel diritto dei contratti e cioè quello dell'eguaglianza di diritto, per cui il legislatore ha rimesso alla volontà e alla libertà delle parti ogni contratto che non fosse in contrasto con l'ordine pubblico o il buon costume. In questo modo, denunciava Gianturco, non solo il legislatore dichiarava esplicitamente la sua impotenza ad intervenire attenuando gli effetti delle *naturali* leggi economiche ma non mostrava alcun interesse per l'iniquità di fatto conseguente alla pretesa uguaglianza di diritto dei contraenti²⁰. E con amarezza constatava che giuridicamente erano liberi ed uguali tra loro in base al diritto, l'usuraio, il proprietario terriero e l'imprenditore e lo *sfnito popolano* che si trovasse di fronte alla penosa scelta tra accettare l'usura o morire di fame, e il contadino che si misurava con l'alternativa tra accettare patti economici insostenibili o emigrare in America, o l'operaio che a sua volta avesse dovuto optare o per una vita di miseria per sé e per i figli o per il salario derisorio impostogli da un *prepotente capitalista*. Questo diritto contrattuale poggiava quasi interamente sulla libertà dei contraenti e sull'uguaglianza formale: l'*idea sociale* era una terra straniera per questo

commentano le sentenze di assoluzione per reati di poco conto commessi in stato di necessità, come furto di pane o finalizzati a ottenere un arresto per trovare un ricovero; C.M. HERRERA, *Entre équité et socialisme? Le juge et la questione sociale dans le débat politico-doctrinal français du début du XXème siècle*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XL (2011), pp. 343 e ss.

¹⁸ M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., p. 4.

¹⁹ E. GIANTURCO, *Lettere agli agricoltori italiani*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1947, vol. I, p. 190 «Nel novembre dello scorso anno, discorrendo nella mia prolusione universitaria del danno sociale prodotto dal dogmatico principio della libertà dei contratti, dissi che alcuni patti invalsi nei nostri contratti agrari erano addirittura leonini e gravosissimi ai contadini italiani. Espresi quindi tre voti: 1° che fosse dichiarato nullo l'incondizionato patto di rinuncia a tutti i casi fortuiti preveduti e impreveduti. 2° che fosse riconosciuto e regolato il diritto del colono a conseguire un'indennità per i miglioramenti fatti sul fondo. 3° Che una legge contro l'usura, informata non ai vecchi pregiudizii economici, ma alle necessità sociali presenti, rendesse men grave la nuova schiavitù del debito. Molti mi accusarono perciò di tendenze socialistiche: non mi tenni ingiurato allora, né oggi». La parola socialismo è divenuta oramai lo spaventa-passeri, a cui non conviene dare maggiore importanza che all'accusa di clericali, così di frequente lanciata a sproposito da tanti cattedratici di liberalismo. Di questo Autore cfr. anche l'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale, in *Opere giuridiche*, II, pp. 262-269. Cfr. ora F. TREGGIARI, *Gianturco, Emanuele*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, pp. 992-994.

²⁰ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale (1891)*, cit., p. 262.

diritto. Ma una parte della scienza giuridica riteneva che non tutto il diritto privato fosse uno *ius voluntarium*²¹ e che il diritto civile moderno avesse un ambito di azione molto più ampio del codice civile vigente: si trattava del riconoscimento di un disagio di parte della scienza giuridica rispetto all'idea, e all'insegnamento, di un diritto civile completamente appiattito sul codice. La questione cruciale della volontà contrattuale, del consenso²² e della libertà contrattuale – sia sul piano degli effetti che su quello dell'interpretazione del contratto – rappresenta il crocevia di varie riflessioni da parte della scienza giuridica italiana.

Dall'altro lato, alla fine degli anni Novanta dell'Ottocento la prolusione di Chironi rifletteva sul tentativo fatto dai cultori delle scienze sociali di applicare un nuovo metodo, al fine di superare la debolezza e il *vecchiume desolato* delle loro costruzioni scientifiche: ai cultori delle scienze sociali, Chironi contrapponeva la sua idea di un diritto né esclusivamente individuale – altrimenti si sarebbe sviluppato contro gli istituti il *soffio odioso della reazione* che non conosce una misura – né individualmente sociale²³.

2. Funzione sociale, scopo sociale. Una nuova concezione di impresa

Se questa era l'aria che circolava nella scienza giuridica e specialmente quella civilistica, nell'ambito della giuscommercialistica soffiava un vento simile, nonostante la volontà di affermazione della propria autonomia metodologica²⁴. Le influenze erano infatti le stesse, sia pure con le dovute specificità, l'unità del diritto privato sembrava potersi realizzare, e anzi doversi rafforzare, basandosi sul dato, presunto o dimostrato, che la debolezza scientifica del diritto commerciale traeva origine, almeno in parte, dalla sua autonomia²⁵ (presunta o effettiva). Le grandi correnti del pensiero giuridico, soprattutto la Pandettistica e quel solidarismo vivantiano che fu la ricaduta della diffusione del socialismo giuridico, nonché alcune tendenze di stampo giusliberista fecero il loro ingresso nella cittadella della giuscommercialistica italiana, con effetti piuttosto interessanti ed ulteriori rispetto a quanto accadeva, come si è visto, nel vicino "orto" del diritto privato. Tutta la

²¹ C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile – anno scolastico 1887-1888 letta alla Università di Pisa il 15 dicembre 1887* in *Archivio giuridico*, XXXIX (1887).

²² I. BIROCCI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 95: «Appartiene a una dottrina che ha avuto grande fortuna l'affermazione che il carattere distintivo del contratto moderno sarebbe il riconoscimento dell'efficacia del consenso... Si tratta tuttavia di una visione validamente contrastata e talvolta... perfino dissacrata».

²³ G.P. CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale del diritto, Discorso inaugurale dell'anno universitario torinese 1898-1899*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Parte generale-Parte speciale, Milano-Torino-Roma, 1914.

²⁴ M. Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., pp. 1 e ss.

²⁵ C. VIVANTE, *Introduzione*, § *L'unità del diritto privato*, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1911, vol. I, I commercianti, pp. 1 e ss. Sull'autonomia giuridica e scientifica del diritto commerciale cfr. M. Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Orizzonti del diritto commerciale II*, 3 (2015), pp. 2 e ss.

dottrina di area austriaca e tedesca accoglieva un concetto di impresa molto ampio, che includeva commerci, fabbriche, stampa, imprese teatrali²⁶.

In effetti, non è semplice datare il momento in cui si diffonde, in Europa, una nuova concezione di impresa: di sicuro la Costituzione di Weimar ha rappresentato un momento “costituente” del rapporto tra diritto ed economia, tra *Unternehmen*, diritti sociali ed ordine socio-economico²⁷. La Costituzione di Weimar nella sua seconda parte infatti prevede tre livelli diversi di intervento in ambito economico: da un lato la tutela dei diritti sociali (colloca il lavoro nell’ambito della speciale protezione del *Reich* e riconosce il lavoro come diritto), dall’altro istituzionalizza i rapporti tra capitale e lavoro all’insegna della collaborazione (art. 165), mentre in mezzo, colloca la disciplina volta al controllo dell’economia capitalista (artt. 151 e ss.)²⁸. La cosiddetta parlamentarizzazione delle questioni sociali trova in questi articoli della Costituzione di Weimar la sua consacrazione: per Schmitt le *institutionelle Garantien* tutelano i datori di lavoro, le associazioni, con un riconoscimento, “costituzionalmente” fondato. Ma si tratta di condizioni di tutela distinte, rispetto alle libertà individuali. Quindi anche la *soziale Funktion des Privateigentums in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung*, è collocabile nel quadro – posto dall’art. 153 – della *Institutsgarantie*²⁹. Da non dimenticare – dato non trascurabile – che l’art. 48 con cui si costituiva il *Notstand*, prevedeva la sospensione, in tutto in parte dei diritti fondamentali, incluso quello di proprietà di cui all’art. 153.

La dottrina italiana fu molto influenzata dalla dottrina tedesca. Pur resistendo l’idea di commercio come produzione di merci, non mancano idee nuove, specie in relazione al tema della libera concorrenza, dell’aumento dei prezzi (c.d. “usura commerciale”) e del diffondersi di imprese “inutili”, sterili o superflue, finalizzate a sé stesse³⁰. I principali problemi sarebbero derivati dalla borsa e dalle sue speculazioni³¹.

L’idea di impresa associata alla funzione sociale, alla solidarietà sociale, maturava con la formazione delle cooperative: esse rappresentavano una sorta di reazione alla radicalizzazione dell’idea di profitto mentre intanto i conflitti tra capitale e lavoro dimostravano l’esigenza di interventi volti a proteggere i lavoratori contro infortuni, invalidità e vecchiaia. Non solo, ma la libera concorrenza, aveva prodotto forme di parassitismo rispetto al consumatore: alla fine, i commercianti, anziché svolgere la

²⁶ O. PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, 1907, p. 1. <https://archive.org/details/dasunternehmena00pisko/page/n11/mode/2up?view=theater>

²⁷ F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell’impresa. Dall’entreprise all’Unternehmen*, Palermo, 2012, p. 236.

²⁸ M. CARDUCCI, *Una “danza sull’orlo del vulcano”*, in *Costituzione di Weimar, (1919)*, Macerata, 2008, p. XXXII. Cfr. B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

²⁹ C. SCHMITT, *Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien des Rechtsverfassungs*, Berlin, 1931, pp. 24 e ss.

³⁰ C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, in *La riforma sociale*, (1899), 25 ss. Prolusione letta da Vivante inaugurando nel 12 dicembre 1898 il suo insegnamento di diritto commerciale nella R. Università di Roma, ora in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 3, 2012, pp. 12-13.

³¹ A. LORIA, *Analisi della proprietà capitalista*, 2 voll.; vol. 1 in *Opere*, Torino, 1957; vol. 2; D. SUPINO, *La borsa e il capitale improduttivo*, Milano, 1988; parte II, pp. 159 e ss.

funzione sociale rivolta ad avvicinare la merce al consumatore, finivano per danneggiarlo vendendo prodotti falsamente a buon mercato. Un freno di tali fenomeni di parassitismo erano considerati sia i grandi magazzini che le cooperative³². Così Vivante riteneva che i contratti di locazione, assicurazione, mandato, trasporto fossero norme che il legislatore aveva posto cristallizzando le convenzioni affermatesi per consuetudine, lasciando prevalere la disciplina che il contraente forte aveva imposto a quello debole. Ma solo con una revisione di questi contratti fondata sullo “spirito sociale” era possibile dare una disciplina adeguata anche agli interessi del contraente “oppresso”, ovvero di quello debole. Vivante manifestava inoltre l’esigenza di un rapporto molto più stretto tra lavoro e impresa: gli operai non sono più forza lavoro di cui l’imprenditore può disporre senza nessun interesse per il lavoratore come essere umano, ma egli registrava l’ingresso delle masse nell’impresa e la sua organizzazione, come soggetti di diritti inalienabili. Lo stesso concetto di salario era profondamente cambiato, non essendo sufficiente che coprisse le spese per la mera sopravvivenza, ma doveva essere sufficiente per i suoi bisogni psichici: il salario legittimo era dunque quello che era in grado di soddisfare le esigenze dell’operaio e della sua famiglia, e che copriva i periodi di riposo forzato, incidenti sul lavoro, malattia e morte. In effetti, la disciplina dell’assicurazione di cui agli articoli 417 e ss. del codice di commercio (1882), lasciava poco spazio ad una interpretazione socialmente orientata, specie se si confronta con la legge sull’assicurazione obbligatoria del 17 marzo 1898, n. 80. Introdotta dopo un ventennio di faticosi dibattiti parlamentari, la legge non fu considerata un diritto d’eccezione ma uno *ius novum*, ispirato a ragioni di pace sociale, equità naturale e solidarietà³³. La dottrina in questo caso spendeva non poche riflessioni su una legge che sembrava contraria al diritto comune, che poneva una regola, l’obbligo di assicurazione, a fronte di una disciplina della responsabilità ancorata al binomio responsabilità contrattuale o extracontrattuale o aquiliana, fondata sull’art. 1151, e cioè sulla nozione di colpa (colpa-risarcimento) nell’ipotesi di delitti e quasi delitti. La natura della legge sugli infortuni richiedeva uno sforzo interpretativo ulteriore, in quanto non si collocava nell’ambito dello schema tradizionale, ma costituiva il germoglio nuovo di un principio giuridico prodotto nel terreno irrequieto dei bisogni sociali³⁴. Così, la “rigida suppellettile romana”, viene “torturata”, stirata, fino a comprendere ipotesi di responsabilità non prevedibili e nuove, ma necessarie rispetto ai nuovi bisogni dettati dai numeri delle vittime “cadute sulla via del lavoro”. La responsabilità in materia di incidenti sul lavoro e la teoria del rischio professionale facevano il loro ingresso nel diritto, grazie alla giurisprudenza della Cassazione, come ricordava Raymond Saleilles³⁵, Cassazione che aveva enucleato a suo avviso, in una nota sentenza del 16 giugno 1896 il principio della responsabilità oggettiva

³² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, I commercianti, Milano, 1904, pp. 117 e ss.

³³ F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, I (1904), pp. 202 e ss.

³⁴ *Ivi.*

³⁵ R. SAILEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, 1897, p. 8.

dell'imprenditore, a fronte del danno cagionato agli operai dall'esplosione, durante l'uso, delle macchine impiegate all'interno di una fabbrica. In questo senso, le nuove leggi sull'assicurazione obbligatoria denotavano, secondo Vivante, la nascita di quel vincolo di solidarietà sociale che finalmente aveva unito operai e imprenditori. I difetti sociali del codice civile erano così ritenuti equiparabili a quelli del codice di commercio.

Secondo Vivante, il codice di commercio (1882) aveva lasciato i commercianti in una posizione privilegiata, senza assicurare una tutela giuridica a chi con loro era costretto a trattare. Primo bersaglio delle sue accuse sono le banche, che compiono vere e proprie razzie sui depositi dei piccoli risparmiatori. Poi c'erano le compagnie di assicurazione, che facevano altrettanto coi loro assicurati, gli azionisti "veri", vittime della tirannia di maggioranze corrotte e fittizie, in un contesto in cui il principio generale della piena libertà delle convenzioni, generava l'oppressione dei deboli, comportando l'attenuazione della responsabilità dei potenti. Tutto questo in una logica in cui sembrava esistere o essere data per presupposta l'idea per cui laddove fiorivano i commerci, si diffondeva una generale condizione di benessere, come se ci fosse una sorta di proporzionalità diretta dai due fenomeni, e lo scopo ultimo della società fosse la ricchezza dei commercianti. Imponendo a tutti la propria normativa, il codice di commercio si rendeva complice dell'oppressione dei deboli. Vivante segnalava, come profondamente iniqua, la regola per cui il foro competente era quello del luogo in cui si trova il centro degli affari del commerciante, facendo vistosa eccezione alla regola ordinaria per cui ciascuno aveva il diritto di stare in giudizio nel luogo in cui abitava: si trattava di una condizione di favor, che poteva indurre l'altra parte a rinunciare ad un giudizio presso un foro lontano e quindi, per molti aspetti, più costoso. In un'epoca in cui la tutela del consumatore era assente o quasi, Vivante denunciava tutti gli squilibri a cui i consumatori erano esposti: il ritenere gli usi commerciali come legge, portava a vendere per olio d'oliva, con l'attributo di finissimo, olio tagliato con quello di cotone, dato che per finissimo o sopraffino si intendeva la merce mediocre, meritando, quella di migliore qualità, l'aggettivo di non plus ultra. Stessa sorte toccava al parmigiano prodotto a Lodi anziché a Parma, col conforto del codice di commercio. Molte di queste consuetudini infatti erano ignote ai consumatori, che erano, di fatto, ingannati sulla qualità dei prodotti che acquistavano. La rilevanza degli interessi dei consumatori secondo Vivante, si poteva esprimere con l'abolizione della vincolatività di queste consuetudini rispetto ai non commercianti, come nel frattempo era stato fatto dal codice di commercio tedesco (§ 346³⁶). Il riferimento è qui al codice di commercio tedesco del 1897, poi entrato in vigore nel 1900 (HGB), in cui per la prima volta si considerava attività commerciale quella organizzata in forma commerciale o di organizzazione di impresa (*Unternehmen*).

Accanto a questi rimedi, si collocano le società cooperative, che, per Vivante, erano nate come aggregazioni di operai come protesta contro le speculazioni e gli eccessivi

³⁶ Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

guadagni degli imprenditori, assumendo direttamente gli appalti. Gli articoli che il codice del 1882 dedicava alla cooperativa nella sezione VII, rimandavano, per quanto possibile, alle disposizioni concernenti le società anonime. Secondo Vivante, nel disciplinare le cooperative, il codice aveva tenuto presenti solo le banche popolari, trascurando altre forme di cooperazione “più umili”, come quelle di lavoro e consumo, dove riposava invece, a suo avviso, l’essenza della cooperazione³⁷. La cooperazione rappresenta per Vivante una fase più progredita dell’ordinamento economico, e pertanto non poteva ridursi soltanto “a lavorare coi soci”. In tal caso infatti, le tre principali forme di cooperazione che egli aveva individuato, ovvero, quella di lavoro, di consumo e di credito, sarebbero state condannate al fallimento. Infatti, le cooperative non avrebbero potuto più svolgere quelle funzioni che consentono loro di assolvere al loro ruolo sociale, funzione essenziale di eliminare gli eccessivi guadagni degli intermediari, riducendosi ad una grama esistenza.

Questa è la ragione per cui il “sistema della libertà” funzionava se le cooperative fossero state effettivamente lasciate libere, secondo Vivante, producendo un ordinamento economico più equo. La società cooperativa per le sue principali caratteristiche, ovvero essere società a capitale sociale variabile e per il modo in cui si esercitava l’azienda sociale, rappresentava, in quel momento storico, il modo in cui si manifestava l’esigenza del superamento della prospettiva individualistica in rapporto ad una nuova idea di impresa³⁸. Le origini delle società cooperative in termini di esercizio della funzione industriale a beneficio dei soci non avevano escluso lo sviluppo dell’industria con i terzi.

Più in generale, la riflessione dottrinale sulla funzione sociale dell’impresa, e poi soprattutto quella sulla società anonima, si complica, alla luce del fatto che la società commerciale, inevitabilmente aveva finito per esercitare funzioni complesse, disponendo di una volontà collettiva sociale diversa dalla mera somma della volontà individuale dei soci e provvista di un proprio scopo sociale³⁹.

Anche lo scopo sociale andava essenzialmente distinto, secondo Vivante, da quello dei singoli soci. L’azienda sociale così poteva difendersi dalle insidie esterne di terzi e da quelle interne stesse dei soci facendo ricorso a tutte quelle deliberazioni che l’interesse sociale reclama come necessarie e che i soci devono subire. La società era quindi una persona giuridica che aveva un contenuto reale, cioè una volontà organizzata a difesa del proprio scopo.

In questa ricostruzione giuridica della società, non era la legge a crearla, la legge si limitava a riconoscere l’ente che già esisteva: è il diritto che cerca di andare d’accordo e conciliarsi con la vita, e non il contrario. Vivante nel delineare gli organi sociali delle società anonime, ovvero le assemblee, i soci, gli amministratori i sindaci, minoranze e singoli soci, ricorda che i soci non possono rinunciare preventivamente all’esercizio di questi uffici, perché non li tengono nel proprio

³⁷ C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, cit., p. 21.

³⁸ U. RABBENO, *Le società cooperative di produzione. Contributo allo studio della questione operaia*, Milano, 1889.

³⁹ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Le società commerciali, cit., pp. 2-3.

interesse individuale, ma nell'interesse dell'ente sociale. L'apertura dell'impresa a fini ultronei rispetto a quelli "privati" è qui, chiaramente delineata⁴⁰.

La Prima guerra mondiale ha rappresentato, oltre che un laboratorio di istituti e forme giuridiche nuovi, l'occasione per rivedere i rapporti privatistici ed impostare riforme improntate alla solidarietà sociale, come ad esempio, la riflessione sul rischio sociale e del risarcimento dei danni di guerra⁴¹. Infatti, si producono quelle riforme, che, sia pure transeunti, genereranno una presa d'atto del superamento dei rapporti individualistici e atomistici, tipici del regime a libera concorrenza⁴². Vassalli aveva visto come caratteristico dell'età sua contemporanea, il processo di assorbimento dell'individuo in complessi più grandi che tendeva a sostituire ai rapporti tra individui, i rapporti economici fra associazioni ed in particolare nei rapporti tra organizzazione capitalistica e organizzazione del lavoro, tale processo risultava accentuato (si pensi ai monopoli artificiali spontanei, alle imprese uniche, ai sindacati, ai trusts, ecc.). La formazione di complessi sistemi di imprese "coordinate e gerarchizzate" e di processi di concentrazione industriale⁴³ risultava aumentata in occasione della guerra⁴⁴. I codici, quello di commercio e civile, ignoravano questo tipo di profili dell'economia, disciplinando rapporti nati in un'economia di tipo individualistico: le stesse società di commercio o anonime erano disciplinate dal punto di vista di coloro che partecipavano all'organizzazione o di chi entrava in rapporto con costoro. Le società commerciali invece, con la Grande guerra, assumevano un rilievo pubblicistico a prescindere dal fatto che svolgessero un servizio pubblico. Il regime pubblicistico non trovava più la propria ragione nell'oggetto dell'attività sociale, ma nella concentrazione: lo Stato, in questo caso, per attuare i fini collettivi, non poteva restare estraneo all'attività che si manifestava nelle concentrazioni industriali né poteva bastare l'ordinamento di diritto privato. Durante la Prima guerra mondiale, i provvedimenti assunti in merito alla subordinazione ad approvazione governativa degli aumenti di capitale e la limitazione dei dividendi delle società commerciali, rappresentavano l'ingresso dello Stato nei rapporti tra privati, determinando un'alterazione degli stessi. Nel primo caso, per regolare il processo di concentrazione delle imprese sociali, riducendo sensibilmente il ruolo degli organi direttivi rispetto al governo dell'azienda; nel secondo caso per attuare una tutela del patrimonio delle società e rafforzarne la condizione patrimoniale. Iniziava così un processo di collettivismo statale e "di inquadramento degli interessi di categoria nella compagine unitaria dello Stato"⁴⁵.

⁴⁰ M. STELLA RICHTER jr., *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, in file:///C:/Users/carlo/OneDrive/Documents/Dialogi/Stella%20Richter.pdf

⁴¹ Sul punto mi permetto di rinviare a C. Latini, *Inter armas silent leges. Il risarcimento dei danni di guerra nella prospettiva della Prima guerra mondiale*, in *Italian Review of Legal History*, 5 (2020), pp. 97 e ss.

⁴² F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Rivista del diritto commerciale*, XVII (1919), P. I, p. 18.

⁴³ E. SELLA, *La concorrenza, sistema e critica dei sistemi*, Torino, 1916, vol. 2, pp. 129 e ss.

⁴⁴ R. PILOTTI, *La concentrazione industriale in Germania e il suo significato per il dopoguerra*, Roma, 1918.

⁴⁵ F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, 2016, p. 235.

Altre riforme date in occasione della guerra, segnalano le trasformazioni in atto: è il caso del criterio della sede sociale per distinguere le società italiane da quelle straniere e l'irrogazione delle relative misure di incapacità, sindacato e sequestro (d.l. 8 agosto 1916, n. 961): il criterio si rivelava presto insufficiente, modellato su un diritto privato che bisognava abbandonare, a favore di un esame circa la costituzione e lo scopo della società⁴⁶. Anche se la questione della nazionalità delle imprese era decisamente più significativa in tempo di guerra che in quello di pace, dove poteva avere rilevanza ai fini fiscali, indubbiamente spingeva verso soluzioni pratiche di cui si sentiva il bisogno⁴⁷, specie in relazione al ripensamento della nozione di scopo sociale, andando oltre la divisione degli utili, ed includendo ad esempio, l'interesse nazionale o pubblico. La scarsa normativa contenuta nel codice civile del 1865 a proposito della società, si pensi all'art. 1698 c.c. che prevedeva che "qualunque società deve avere per oggetto una cosa lecita, ed essere contratta per l'interesse comune delle parti" e quella più articolata del codice di commercio del 1882, il cui art. 89 prescriveva che l'atto costitutivo o lo statuto della società debbano indicare la qualità e la specie degli affari che costituiscono l'oggetto sociale, incontravano quindi un'occasione di revisione che tuttavia avveniva fuori dal codice e dall'esperienza codicistica, grazie al ricorso massiccio ai decreti legge che si fece durante la Grande guerra. In molti si interrogarono poi sull'impatto che la normativa in questione aveva avuto sul diritto comune, se si trattava di un diritto istantaneo, destinato ad esaurirsi con l'esperienza bellica, oppure se si erano poste le basi per un nuovo diritto, e una nuova concezione di scopo sociale⁴⁸.

Lorenzo Mossa porterà le riflessioni di Vivante a maturazione nell'ambito del nuovo ordine corporativo⁴⁹. Prendendo le mosse dalle riflessioni di Géný⁵⁰, per il quale la legge scritta doveva essere superata dall'idea che il diritto positivo era un

⁴⁶ F. FERRARA jr., *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Rivista del diritto commerciale*, XVI (1918), P. I, p. 710.

⁴⁷ A. SRAFFA, *Le società commerciali fra italiani e sudditi nemici*, in *Rivista del diritto commerciale*, XVI (1918), P. I, pp. 22 e ss.

⁴⁸ La dottrina di norma distingue tra teorie istituzionaliste e contrattualiste. Cfr P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano 1964; A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, (1959), 616 ss.; T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano 1952, pp. 147. ss.; ID., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, (1954), I, pp. 252 ss.; ID., *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.*, in *Riv. soc.*, (1956), 95 ss.; F. GALGANO, *La società per azioni. Principi generali*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile, Commentario*, Milano 1996, 78 ss.

⁴⁹ L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale, Prolusione al Corso di diritto commerciale nella R. Università di Pisa*, 20 gennaio 1926, in *Rivista del diritto commerciale*, 1926, poi in *L'impresa nell'ordine corporativo*; G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni fiorentini*, XXVIII (1999), I, pp. 511-629, pp. 550-562, anche in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, pp. 171-287; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, pp. 340-359, 393-454. 21 G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in *Quaderni fiorentini*, XLV (2016), pp. 249-293.

⁵⁰ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif. Essai critique*, Paris, 1919, vol. 2.

organismo vivente in costante adeguamento rispetto alla vita sociale⁵¹. La constatazione della pluralità delle fonti del diritto commerciale si accompagnava all'osservazione di quanto era accaduto in Germania, dove l'abbandono della prospettiva individualistica e le finzioni del Code Napoléon⁵² era stato poi sancito col nuovo codice. Sarà sempre di Lorenzo Mossa l'intuizione delle ricadute, che anche per l'esperienza italiana potevano esserci, della riflessione della scuola del diritto libero⁵³. Egli è indubbiamente mosso da un acceso solidarismo, che doveva coinvolgere nel suo insieme il diritto commerciale che si sarebbe dovuto riappropriare del suo carattere popolare ed universale⁵⁴. Del resto, la *nostra dogmatica*, scrive Mossa, risente di molti influssi e si misura con una ricchezza di fonti che non si riscontra nel diritto privato, ovvero la legge, la pratica, la consuetudine, la scienza del diritto, la natura dei fatti e l'equità⁵⁵. L'emersione dell'ordinamento corporativo e la Carta del lavoro saranno salutate da Mossa con vivo apprezzamento⁵⁶. La Carta del lavoro, che definiva lo stato corporativo ed il suo ordinamento, alla dichiarazione n. VII sanciva l'organizzazione privata come funzione di interesse nazionale e riconosceva nell'organizzatore dell'impresa il responsabile rispetto allo stato dell'indirizzo di produzione.

⁵¹ *Ivi*, p. 225. R. VON JERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1877, p. 1: "Das Leben des Rechts ist Kampf, ein Kampf des Völker – der Staatsgewalt – der Stände – der Individuen".

⁵² P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini*, XXVIII (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, p. 1005; F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale*, cit., p. 154.

⁵³ H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, edizione italiana della tedesca riveduta dall'autore, con prefazione e note del giudice R. Majetti, Milano, 1908.

⁵⁴ L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p.

⁵⁵ L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 237. Su questo autore cfr. I. Birocchi, *L'età vivantina: tra Sraffa e Rocco, giovani commercialisti crescono (Mossa e Asquini dalla formazione alla cattedra, 1909-1921)*, in *Non più satellite. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, I. Birocchi (cur.), Pisa, 2019, p. 207.

⁵⁶ L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice Civile del 1942: l'impresa corporativa*, Padova, 1942, vol. I, p. 47.