

ARCHIVIO GIURIDICO

DIRETTO

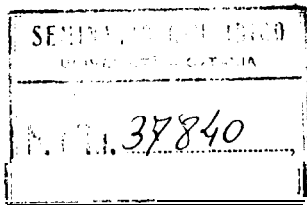
DA

FILIPPO SERAFINI

UNITAMENTE AGLI ALTRI PROFESSORI DI GIURISPRUDENZA

DELLA UNIVERSITÀ PISANA

Volume XXXIX,



PISA

PRESSO LA DIREZIONE DELL'ARCHIVIO GIURIDICO

1887

PER UN CODICE UNICO DELLE OBBLIGAZIONI

(Prolozione al Corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna)

Signori !

Alla illibata e gentile memoria del Professore valente, di cui vengo a continuare men degnamente ch' io posso l'ufficio, rendo anzitutto umile omaggio; agli illustri Colleghi, che sono avvezzo a riverire cmc maestri; ai discepoli, nel cui prospero successo ripongo la fortuna del mio; a questa forte città, maestra di diritto alle genti, le cui glorie immortali rendono perplessi e timorosi anche gli spiriti più sicuri, città ospitale, ove io vengo fidente nell'avvenire, a porre le mie radici, a Voi tutti il mio primo, reverente, saluto.

Un' dubbio insistente domina da lungo tempo i miei studi: perchè mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile ed il commerciale? Una barriera legislativa, puntellata da finzioni e da presunzioni legali, li tiene divisi: uomini esperti nel diritto civile vi si arrestano come dinanzi a un ostacolo pieno d'insidie. Al di là di quella barriera sorgono le più rigogliose creazioni del diritto moderno, piene di vigorosa freschezza, ma non vi si penetra che a grave fatica, perchè prima d'entrarvi bisogna fare una delicata ricerca: siamo nel campo del diritto civile o in quello del diritto commerciale? si tratta di un atto civile o di un atto di commercio? e la questione, come tutte le questioni di confine, è piena di dubbi e

di guai. L'autonomia del diritto commerciale ha certo contribuito a realizzare sollecitamente ed energicamente questo ramo del diritto privato, ma ogni dì cresce la difficoltà di tenere distinti i due campi, perchè commercio e le sue consuetudini penetrano vivamente in ogni fibra della vita civile. È giunto il momento in cui i due codici possano fondersi? La scienza e la giurisprudenza sono mature per conciliare in un codice unico le diverse tendenze? Sarebbe utile, desiderabile quella fusione? Affrontiamo insieme l'arduo problema.

La distinzione fra questi due rami del diritto privato fu pressochè ignota ai giuristi romani. I peregrini che convenivano alla capitale del mondo vi promossero, è vero, coi loro commerci lo svolgimento di un diritto meno rigido, meno formale del diritto civile di Roma. Ma quelle due fonti vive e operose si fondevano, specialmente per opera del pretore peregrino, in un diritto eminentemente cosmopolita, e la grande flessibilità del diritto comune escludeva il bisogno di un diritto speciale al commercio. Solo negli ultimi secoli dell'epoca imperiale le creazioni geniali dei tempi repubblicani furono turbate dalle perniciose influenze della corrente religiosa e del dissesto economico. Alla tutela del credito subentrò la sollecitudine dei debitori: la libertà delle stipulazioni fu inceppata dall'intervento paterno del legislatore che voleva proteggere il contraente più debole contro le tentazioni della miseria. Così si riconobbe al debitore ceduto la facoltà di liberarsi del debito rimborsando il cessionario della somma pagata per la cessione; si distrusse nella sua essenza l'obbligazione letterale concedendo al debitore l'eccezione *non numeratae pecuniae*; si ammise la rescissione della vendita per lesione enorme; si limitarono gli interessi; fu tolto al creditore pignoratizio il 'diritto di tenersi la cosa pignorata in pagamento del credito; furono concessi ai debitori correali e ai fideiussori i benefici della divisione e della escussione; largheggiate le tacite ipoteche; prorogati i termini della prescrizione; mitigato il rigore dell'esecuzione; così gli affari rallentati dai lunghi termini, dalle molteplici eccezioni perdettero quella rapida continuità che è necessaria per la prosperità del commercio. Quando più tardi, nel medio evo, il commercio ripigliò il suo corso interrotto, la reazione contro queste massime deleterie, ribadite ed esagerate dal diritto canonico, contribuì a rendere necessaria una legislazione speciale al commercio.

Nel grande turbamento che seguì la caduta di Roma il popolo cercò soccorso nei vincoli di associazione: le classi sociali cui legava la difesa di comuni interessi, si riunirono entro in società turbata da sovrachiarie di ogni specie, per difendersi e farsi, quando i tempi lo concedevano, sovrachintrici alla loro volta. Anche i mercanti, i banchieri, gli industriali si unirono in collegi, in corporazioni sempre più vaste e meglio ordinate. Esse divennero a poco a poco doviziose e potenti come lo attestano le insigni loro sedi, ebbero magistrati e leggi speciali, imposero all'autorità civile l'obbligo di far eseguire le loro sentenze. Allora si sprigionò liberamente, sotto l'impulso dei bisogni giornalieri e reali, dalle corporazioni dei mercanti, dalle fiere dalle colonie, ove più ferveva lo spirito dei guadagni, il nuovo diritto mercantile. Ogni arte raccoglieva dalla testimonianza dei mercanti più provetti ed anziani le sue consuetudini, e formava il proprio statuto, dapprima rozzo e confuso, poi, per le frequenti revisioni, sempre più copioso e ordinato. Le corporazioni pigliavano a prestito gli Statuti di altre città; si costituivano nelle fiere tribunali misti di cittadini e stranieri, si citavano innanzi ai giudici gli usi di mercati lontani, che divenivano sempre più uniformi permutue influenze. In quella vita nuova quanta spontaneità di sentimento giuridico! Quale contrasto fra il diritto che emergeva rigoglioso dai traffici, e lo spirito sottile, scolastico della glosa immobilizzata nei testiomanie le dottrine canoniche sull'usura, che, mortificando ogni spirito di spccnlnzionc, volevano ricondurre il commercio al primitivo scambio in natura! Il diritto sorgeva allora dal senso comune; l'urgente necessità di reprimere un abuso, una frode, di tutelare un diritto suggeriva al Console o al Consiglio degli anziani un provvedimento, che poi si accoglieva negli Statuti. Mercanti anno i Consoli mercanti erano gli Statutari, cui era delegata la compilazione e la revisione degli Statuti, di mercanti era composta l'assemblea generale dell'arte che doveva approvarli: così il diritto passava dalla consuetudine nella legge per opera di coloro stessi che ne avevano fatta esperienza nella pratica degli affari. Così i mercanti attuarono il proprio diritto, fuori di ogni influenza curiale, come un diritto professionale, come il diritto dei commercianti, e non si può disconoscere che la vita chiusa della corporazione, i privilegi che questa poté procacciarsi dal Comune o dal Principe, in sua indipendenza dai tribunali ordinari, costituissero altrettante condizioni favorevoli per la sollecita formazione di un diritto nuovo, pratico, energico, cosmopolita.

I meriti intrinseci di questaregistrazione e del procedimento rapido, semplice, economico con cui si attuava; la reputazione che i giudici commercialiacquistarono nct risolvere le questioni del cambio, della società, della banca; la tendenza usurpatrice della corporazione, male infrenata dagli statuti civili, fecero sì che si estendesse successivamente la giurisdizione de' suoi tribunali. Ristretta dapprima a i litigi che insorgevano fra coloro o contro coloro che erano iscritti nct ruolo della corporazione, fu estesa, sollecitamente a tutti gli atti che avevano spiecatamente un carattere mercantile come In compera per rivendere, il cambio, la società, il mutuo, il deposito bancario, benchè nè attore nè convenuto vi fossero matricolati. Si passò dal vecchio sistema subiettivo al nuovo sistema obbiettivo coll' aiuto di una finzione: si disse che ogni cittadino deve presumersi commerciante pe' suoi affari commerciali, e con questo spediente furono sottoposti alla giurisdizione mercantile anche coloro che non erano matricolati in alcuna corporazione, anche gli stranieri, anche i nobili, anche gli ecclesiastici cui era vietato il commercio pel ticricoto gravissimo dell' usura. La giurisdizione mercantile estese ancora più i propri confini quando il tribunale della corporazione si trasformò in tribunale di Stato. Accanto agli atti di commercio propriamente detti presero posta gli atti dell' industria manifatturiera. Mentre il mestiere viveva e vive tuttora modestamente sotto l' egida del diritto comune, le grandi imprese, bisognose di credito, di pubblicità, di numerosi e rapidi spacci, cercarono una legge più omogenea alla loro tendenza speculatrice nel Codice di commercio. E a buon diritto vi furono accolte, perchè organizzando le forze dett' operaio e quelle della natura coll' aiuto del capitale, traendo dalle materie prime nuovi prodotti industriali, agevolano In circntnzione delle ricchezze, provvedendoni bisogni del mercato sempre più vari ed intensi.

Più di recente il nostro legislatore fu condotto ad accrescere ancora la già lunga serie degli atti di commercio che la storia ci avea tramandata da ragioni di opportunità tegislativa e giudiziaria. Vi iserisse le mutue per In loro apparente analogia cntte Compagnie di assicurazione; le società cooperative per la fretta di legittimarne In condizione giuridica; i depositi nei magazzini generali per evitare conflitti di giurisdizione. Così la patriarcale associazione dei possidenti contro i danni d'c'tt' incendio e della grandine; il sodalizio operaio che cerca in una fraterna cooperazione la virtù di resistere alle prepotenze del capitale; il deposito che il cotone fa

dette proprie derrate in un magazzino generate sono presunti atti di commercio, nè si potrebbe provare il contrario.

NB vogliate credere che il codice di commercio, così pronto ad appropriarsi le nuove forme economiche, si sia lasciato sfuggire la giurisdizione di un solo fra quelli istituti che sono entrati nctte sue fila nel lungo processo storico della sua formnzione. Esso ne conservò il dominio quantunque oggimai servano ad ogni funzione delta vitacivile. Tutto il commercio marittimo, che fu l' industria più ricca, più avventurosa, più nazionale dei tempi di mezzo, serbò l' originario carattere mercantile: l' impiegato che fa un contratto di noleggio per trasportare le sue suppellettili da Venczin a Palermo; lo studente che fa un viaggio di istruzione per mare; il marinaio che si arruola nell'astentata vita di bordo; il carpentiere che costruisce per conto altrui una nave da pesca nel suo modesto cantiere, il quale può essere anche l' orto di casa sua, fanno degli atti di commercio: l'antitesi fra la realtà di oggi e la finzione della legge è così profonda che la serie degli atti di commercio sembra, addirittura, arbitraria. Molti titoli formati, come la cambiale e gli Ordini in derrate, che pur sono oggidì stromenti usuali di ogni azienda domestica e agricola, che altre leggi considerano come contratti di diritto comune, valgono per noi come atti di commercio: chi fa un avallo cambiario, fosse pure per carità, chi vende le derrate del suo fondo con un biglietto all' ordine fa un atto di commercio. Questi fenomeni della vita economica, messi insieme nct codice per tradizione storica, per opportunismo legislativo o giudiziario, sono così disparati, che non è possibile raccogliergli nel mctesimo concetto: la scienza non è riescita a dare dett' atto di commercio una definizione che ne colga l' elemento essenziale, e costante: tutti i suoi tentativi si smarriscono in concetti vaghi e oscillanti sulla circolazione e sulla sticcitazione.

Nè qui si arresta ancora il dominio di questo codice: i confini ne sono raddoppiati, è la giusta parola, dopochè In sua disciplina si è estesa anche a quel contraente per cui l'atto non è d' indole cotmmercinte: il cittadino che si provvede del vitto, di una medicinn, di un libro; che deposita alla banca i suoi risparmi; che assicura una dote per la sua figliuola, che si assicura una pensione per In vecchiaia è sempre regolato dal codice di commercio: dalla nascita alla tomba, pel corteo battesimale, per In festa di nozze, per le onornnze dei morti è sempre il codice di commercio che ormai governa l'atto del cittadino che contracc con una impresa mercantile. La giurisdizione di questo codice e dei tribunati che sono chiamati ad applicarlo si è così estesa, che

questi stanno per soccombere sotto il peso della ingente materia affidata alle loro sentenze: il contrasto fra il campo vastissimo della loro giurisdizione e quello ristrettissimo della loro cultura ne affrettò la caduta. Nella lunga serie degli atti di commercio, sempre crescente, è ancora chiusa, perchè la legge consente al magistrato la facoltà di ritenere per tali, quelli atti che, nella continua evoluzione economica, vengono presentando una manifesta analogia con quelli indicati dalla legge: facoltà eccessiva, esclusa dalla legislazione germanica, che attribuisce al giudice il potere di fissare i limiti di applicazione della legge, quelli della competenza giudiziaria, e, conseguentemente, il potere di dare al cittadino la qualità di commerciante, per fargli subire l'onta del fallimento, e il procedimento dei bancherottieri!!

La storia del diritto commerciale è una storia di continua espansione. Vi è una tendenza evidente, costante, che trae i nuovi fatti economici a preferire la legge del commercio, come più semplice ed efficace. Questa tendenza fu così decisiva, che in qualche paese si credette opportuno di estendere la legge commerciale, almeno in massima parte, a tutti i rapporti economici. Questa felice iniziativa fu di recente attuata nella Svizzera, ove si diede al codice unico delle obbligazioni un contenuto essenzialmente mercantile, giudicando che le consuetudini commerciali fossero abbastanza diffuse in ogni ordine di cittadini per governarli colla medesima legge che era necessaria per la tutela del credito (1). L'esperienza dimostrerà indubbiamente i vantaggi di quel Codice unico, che segnerà un momento solenne nella storia delle legislazioni. Intanto non avete che ad aprire le sue pagine per convincervi come il diritto mercantile, semplice, rigoroso, spedito, abbia spirato un nuovo alito di vita a tanti vetri istituti del diritto civile, che, col pretesto di tutelare la proprietà e la serietà del consenso, impediscono la facile circolazione dei beni, suprema necessità della vita economica.

Nemmeno la Germania si sottrasse a quella tendenza unificatrice. Anche là si avvertì l'unità del diritto privato; si comprese la convenienza di sopprimere la distinzione tradizionale, quanto più il commercio penetrava economicamente, socialmente in ogni ramo dell'attività umana. Trattati e manuali, che correvano per le mani di tutti, esponevano il diritto commerciale come una sezione del diritto comune: lo stesso codice di commercio tedesco favoriva quella tendenza, dacchè conteneva molte regole concernenti la teoria generale delle obbligazioni, e il **Dernburg** avvalorava, colla sua grande autorità, questo indirizzo

scrivendo che il maggior compito della imminente legislazione tedesca doveva essere quello di togliere l'intollerabile dualismo fra il diritto civile e commerciale (2). Ma la Commissione eletta dal consiglio federale dell'Impero fra i magistrati supremi (1874) per proporre il piano ed il metodo con cui avrebbe dovuto condursi il progetto di un codice civile tedesco deluse completamente l'attesa. Goldschmidt, che ne faceva parte, indusse la Commissione a conservare la distinzione tradizionale. In poche settimane (16 Aprile 1874 - 22 Giugno 1874) la Relazione di quella proposta fu comunicata, esaminata, approvata dal Consiglio federale senza dar tempo a qualsiasi discussione (3): perciò se la Germania avrà un diritto civile distinto dal diritto commerciale, non si potrà certo asserire che questo fosse il voto della scienza tedesca.

Quando in Italia si preparò la riforma del Codice di commercio, i limiti del suo contenuto erano già fissati dal Codice civile, che restava in vigore. Se per coordinare meglio il contenuto delle nostre leggi si fosse intrapresa contemporaneamente la riforma di entrambi, forse la necessità delle cose avrebbe condotto il potere legislativo ad accogliere il concetto di un Codice unico, o almeno a discuterlo. Invece l'arduo problema passò inavvertito. Solo l'on. Indelli con vibrata eloquenza lanciò dalla Tribuna parlamentare la profezia di un Codice unico. « A misura, egli disse (4), che progrediamo, i rapporti giuridici si moltiplicano, abbiamo bisogno d'imbarcare ad affermazioni più astratte, se non vogliamo discendere alla legislazione dei casisti, al famoso *nomnullorum casuum meliorum omnis*..... Io non credo di essere un sognatore, se ritengo che i nostri figli vedranno ancora una riforma unificatrice più grande di tutte quelle che s'incontrano nella storia del diritto, che il Codice di commercio e il Codice civile formassero un solo corpo di leggi, come quelli che sono l'espressione di un solo diritto diversamente spiegato ». Quel voto, che cadde senza conforto (5) nell'agone parlamentare, io lo raccolgo per bandirlo in questa solenne occasione, ora che vi ho esposto rapidamente in serie storica dei fatti che ne vennero preparando e indicando la soluzione.

È ben lontano il tempo in cui le varie classi sociali si isolavano reciprocamente, gelose della propria autonomia. Oggi i vari gruppi del consorzio civile si risentano, s'incontrano per ogni verso, travagliano insieme nella lotta per l'esistenza. Noi sentiamo in ogni vena, ora più ora meno rapida, la pulsazione delle idee generali, delle aspirazioni del nostro tempo; una profonda omo-

gencità e' insinua nella società moderna non solo alla superficie ma nell'intima sua struttura. Le iniziative del filantropo si attuano nel mondo dei commercianti; le forme che il credito ha immaginato servono promiscuamente agli istituti di mutuo soccorso e di previdenza; le abitudini fiduciose, puntuali del commercio s' impongono sempre più intensamente alla coscienza dei cittadini. Per provarlo non abbiamo che la difficoltà della scelta. Una cura assidua punge la società moderna, quella di temperare i grandi egoismi del capitale a beneficio di coloro che lo fanno fruttare; quella di disciplinare gli impeti incoscienti, ciechi della beneficenza, che spesso avvilisce chi la riceve e lo lascia alla balia del benefattore, per sostituirla con un ordinamento giuridico del lavoro, capace di risarcire l' operaio della vita che logora di per sé, e che diverrà impotente prima di esser spenta. Questo diritto nuovo, che attende ancora la sua legislazione, comincia ad attuarsi spontaneamente nell' opificio per solo impulso della speculazione. L' imprenditore sa per prova che l' operaio meglio retribuito lavora più intensamente; che esso pone il cuore tutto intero nell' opera sua quando pensa che, se cade nelle battaglie del lavoro, non mancherà un soccorso né a lui né a suoi cari. L' imprenditore intende che è meglio rinunciare a una parte del proprio guadagno per farla ricadere in tanta benedizione sulla casa dell' operaio, piuttosto che perderlo del tutto cogli scioperi e coi tumulti che arrestano ogni lavoro. Così il tornaconto ben inteso attua le aspirazioni più nobili della morale. Entrate in un opificio e vedrete come accanto alla ferrea disciplina dell' orario e alle multe rigorose che lo sanzionano, si senta il dovere di raddolcire il lavoro colle ore e i giorni di riposo, come si curi l'igiene della fabbrica, la sicurezza delle macchine, come si tenti con ingegnosi spiedienti di assicurare un risarcimento all' operaio che resta ferito sul campo onorato del suo lavoro. Il contratto di locazione d' opera, menzionato appena nel Codice civile per riconoscere all' operaio l' irrisorio diritto di rompere il contratto che l' obbliga per tutta la vita, va trovando nell' opificio la disciplina che il filantropo ha vagheggiata. La necessità d' infrangere le forze soverchianti del capitale in omaggio agli interessi sociali è divenuta una convinzione comune, anche a quella classe di cittadini che dovrà subire maggiormente il peso economico.

Altre influenze rinnovatrici salgono dal mondo mercantile a tutti gli ordini sociali. Il commercio esige il rigore nell' esecuzione dei contratti, perchè la puntualità gli è condizione imprescindibile per prosperare. Gli affari commerciali sono legati agli anelli d' una

catena: se un debitore non paga alla scadenza, tutta la serie dei rapporti che si collegavano a quell' affare può restare turbata o interrotta. Ebbene, colle ferrovie, coi telegrafi, colla posta, colle istituzioni di credito si diffonde la convinzione che la puntualità è un dovere e un diritto per tutti; che essa reca poco fastidio agli individui in paragone del gran bene che reca alla comunità; che le dilazioni, i termini di rispetto e di grazia, le lunghe prescrizioni diffondono le abitudini del disordine e della negligenza; che il pagamento moroso riesce spesso volte più grave del pagamento in scadenza, quando si sa di non poter contare sulla dilazione indulgente del creditore o del giudice. Il grande impulso della concorrenza spinge l' attività mercantile nei più remoti centri della vita cittadina ed agricola: il commesso veggintore di un grande opificio, l' agente di una Compagnia di assicurazione americana od inglese, lo spedizioniere di un' impresa ferroviaria collegata coi servizi cumulativi a tutta la rete ferroviaria d' Europa battono alla porta umile del colono, dell' operaio, e coi rapporti d' affari vi diffondono la legge e le consuetudini mercantili. L' atto di commercio, nel senso largo del codice, è divenuto familiare in ogni ordine di cittadini; le condizioni giuridiche, di cui l' ambiente mercantile più operoso e più pratico, sentì primo il bisogno, si invocano nell' interesse di tutti; e la autonomia del diritto commerciale, che si conserva non ostante la grande uniformità della vita moderna, figura come un detrito storico che non ha più ragione di essere.

Intanto questa autonomia è cagione di gravi guai, dopo che il legislatore impose il codice di commercio, così come stà, a chiunque piglia parte in un atto commerciale. Esso impose a tutti i cittadini, senza temperarli, gli usi che il commercio, specie il grande commercio, si è venuto creando per proteggere i propri interessi; chiamò a compilare il nuovo Codice gli industriali, i banchieri, gli assicuratori, i rappresentanti delle grandi società ferroviarie, le Camere di commercio, tuttrici, non esse, del grande commercio, gli uomini che nella professione, nell' insegnamento erano abituati a difendere gli interessi, e poi disse ai consumatori: ecco il Codice che deve valere anche per voi. Ma non si doveva porre la sorte degli assicurati, dei deponenti, degli speditori nelle mani dei commercianti che hanno tolto l' interesse a speculare sui loro bisogni: nel fare una legge comune, come nel fare un giudizio, si doveva porgere ascolto agli opposti interessi, che doveano esserne regolati. Intanto quest' errore di metodo

ha condotto a stridenti ingiustizie. Io ho presenti nella memoria e segnate nel margine del mio codice numerose disposizioni, che furono dettate dalla più evidente sopercheria delle imprese commercianti a pregiudizio dei cittadini. Voi crederete, ad es., che chi è derubato di un titolo al portatore, rimasto irreperibile per un certo numero d'anni, possa chiederne un duplicato all'istituto emittente. Ebbene non è così; la prescrizione non corre a beneficio del proprietario ma dell'impresa debitrice: se il possessore del titolo derubato non si presenta, essa è liberata: così l'impresa specula sul furto, e guadagna ciò che il ladro non ebbe coraggio di esigere. Un altro esempio. Le imprese di assicurazioni sulla vita accumulano colle riserve dei premi, decine, centinaia di milioni, che sono matematicamente indispensabili per pagare i capitali assicurati: se quelle riserve non sono conservate integralmente la Compagnia deve inevitabilmente fallire nelle sue promesse, perchè la morte non risparmia neanche gli uomini previdenti che si assicurano. Quelle riserve sono il fiore del risparmio nazionale: costituiscono i capitali che la nostra generazione prepara, con inflessibile virtù di sacrificio, a quella che ci cresce dintorno. Pareva che il Governo dovesse provvedere colla maggiore vigilanza all'integrità di quelle riserve: ma gli amministratori delle Compagnie vi si opposero, gli assicurati stettero zitti, e intanto il loro risparmio rimase abbandonato alla balia di quelli amministratori. Un ultimo esempio. Certe clausole, con cui le Compagnie di navigazione si esonerano da ogni responsabilità per trasporti male eseguiti sono divenute usuali nel commercio marittimo. Protette da quelle clausole esse sbagliano impunemente il destino del carico o lo consegnano in ritardo: di recente in un porto vicino una di esse costrinse il destinatario a ricevere una cassa di sassi, invece che una cassa di indaco. Sono clausole piene di prepotenza. Le Compagnie si valgono del monopolio di fatto, se non di diritto, che esercitano nei nostri porti, per imporre agli speditori quelle clausole di irresponsabilità, che le autorizzano a non eseguire diligentemente il trasporto nell'atto stesso che ne riscuotono il nolo. La giurisprudenza, che trova la legge nel contratto, dovette applicarle; ma il legislatore doveva accogliere il grido di dolore che il diritto offeso alzava verso di lui; avrebbe dovuto negare efficacia a quelle clausole, come fece per i trasporti ferroviari; ma chinò il capo alle resistenze delle Compagnie. Questi ingiusti favori urtano siffattamente l'interesse generale, che ora vi si sta riparando, almeno in parte, con progetti di leggi speciali. Ma è certo che in un codice unico gli opposti interessi dei commercianti e degli altri cittadini sarebbero stati regolati spontanea-

mente con proporzioni più eque e che i principi tradizionali del diritto comune avrebbero resistito alle sopercherie degli speculatori.

È noto che il diritto commerciale tende a uniformarsi in tutti i paesi del mondo: colle teorie del libero scambio, che apersero i mercati e i porti di ogni paese al commercio di tutti i popoli, il mondo intero è divenuto il campo libero ove si elabora un diritto uniforme: colla corrispondenza, col telegrafo, coi viaggi, col cambio si comunica anche il diritto: la nave carica di merci porta con sé le scritture che contengono nuove forme giuridiche; il negoziante che ritorna dai mercati forestieri reca la conoscenza di nuovi istituti, e l'inquieto desiderio di attuarli nel proprio paese. Ma se si vuole che questa universalità del diritto si compia veramente e utilmente; che il progresso del diritto proceda simultaneamente in ogni paese civile; che i diritti nazionali, vere barriere scientifiche, si fondano in un diritto cosmopolita, bisogna che in teoria generale delle obbligazioni segua il movimento dei vari istituti. Se faremo una legislazione internazionale dei trasporti, delle avarie, della cambiale, mentre la teoria generale rimane legata a tutti i sorta del diritto d'altro tipo, non avremo creato uno strumento comune, che data sopra due ordini, mentre per chi è profano al diritto può supporre che i principi intorno alla colpa, al risarcimento, al pagamento, alla novazione e via dicendo non esercitino una continua influenza sui giudizi dei tribunali, sulla dottrina dei vari paesi. E finché in teoria generale delle obbligazioni resterà diversa, ogni Stato continuerà ad avere una propria giurisprudenza; l'esperienza del diritto che il cittadino francese avrà fatto in materia di cambio lungo la lenta e costosa via *crucis* de' suoi tribunali, dovrà rifarsi in Italia, in Belgio, in Grecia, dovunque: l'uniformità del diritto sarà solo esteriore, ma continueranno le cause del dissidio, tanto più dannose quanto più latenti. Quando si volle dare agli Stati tedeschi e ai Cantoni svizzeri un diritto comune uniforme si sentì che era una incivibile necessità di introdurre nel Codice di Commercio una buona parte o tutta la teoria delle obbligazioni. Così se si vuole giungere davvero a un diritto commerciale uniforme, se si vuole secondare in sua tendenza cosmopolita, bisogna aprire tutto il diritto delle obbligazioni all'influenza internazionale, a quella stessa influenza che ha già dato un'impronta comune ai vari istituti speciali, regolati dal Codice di Commercio.

Coloro che hanno la mente ancor piena di vecchie questioni, felicemente risolte, sulla precedenza degli usi mercantili o del diritto civile, saranno forse presidi dal timore che formato un codice unico, sia soppressa la funzione legislativa dell'uso, questa fonte perenne, onde il diritto trae l'alimento che lo rinnova. Ma è timore ingiustificato. Compiuto il codice unico, l'uso resterebbe egualmente una fonte di diritto, chiamata a supplire le lacune della legge e dei contratti. Nb in questo argomento si avrebbe a introdurre alcuna radicale riforma, perchè il Codice Civile e il Codice di Commercio vanno inconsapevolmente d'accordo, in quanto entrambi mettono che nei contratti, i quali formano quasi per intero la materia del Codice di Commercio, si deva ricorrere all'uso per interpretare il silenzio dei contraenti o l'ambiguità delle loro espressioni. Si attingerebbe ancora all'esperienza dei mercanti più pratici, alle Banche, ai Sindacati di Borsa, alle Camere di commercio la conoscenza degli usi: questa fonte vivrebbe ancora accanto alla legge, per regolare gli istituti che sorgono via via nell'eterna evoluzione del diritto. Anzi si aprirebbe meglio la strada alla loro influenza legislativa. Imperocchè molte norme generali di equità restano oggidì abbandonate alle incertezze degli usi, perchè manca il posto ove legiferarle. Non furono accolte nel Codice di Commercio perchè vi mancava in regola generale cui si collegavano per restringerne o estenderne il significato; non furono accolte nel Codice civile perchè chi lo ha compilato non poteva conoscerle. Aprite la raccolta di consuetudini di Venezia, o di Milano; il fiore di quegli usi, una freschezza di materia giuridica, che ha tutte le seduzioni dell'equità da cui è ispirata, vi sta come inavvertita, e attenderà, Dio sa quanto, l'onore legislativo (G).

La questione che qui ci muove a parlare non è una semplice questione di simmetria e di eleganza legislativa: essa ha un'importanza essenziale pel valore scientifico e pratico del nostro diritto privato.

Chiunque abbia qualche familiarità col nostro Codice di Commercio si sarà convinto come sia giusta l'accusa, che gli fu più volte ripetuta, di una grande povertà nelle regole generali, di una soverchia particolarità nelle norme dei vari istituti. E non poteva essere altrimenti, perchè le regole giuridiche si presentavano al legislatore ancora aderenti al caso concreto, alla specie, non ancora elaborate, semplificate dalla dottrina. Questo difetto del codice ha la sua spiegazione nel difetto della

nostra letteratura giuridica. L'opera dei nostri scrittori di diritto commerciale, fatta qualche rara eccezione, è quasi tutta descrittiva: essi accompagnano ogni istituto giuridico dall'origine alla fine ripetendo tutto ciò che si trova nel documento mercantile, nella legge o nella giurisprudenza, senza discernere ciò che ha importanza essenziale da ciò che non ne ha. Pare a questi giuriconsulti improvvisati che tutte le combinazioni nuove abbiano bisogno di una regola nuova; parlano a ogni piè sospinto di contratti *sui generis*, di eccezioni al diritto comune; appena sentono dalla tradizione giuridica qualche imbarazzo la mettono in disparte; il lavoro lento, sagace del giuriconsulto che tenta di far rientrare anche i nuovi istituti nelle regole vecchie, e non cede che di fronte all'evidente necessità di una regola nuova, che riavvicina i vari istituti per risalire a una norma comune, vi è trascurato, e, quasi direi, dispreziato. Questa debolezza scientifica del diritto commerciale trae in parte origine dalla sua autonomia. Infatti chi studia gli istituti mercantili non tiene l'occhio fisso ed attento alla teoria generale delle obbligazioni, che appartiene a un'altra disciplina, distinta nei codici, nella dottrina, e anche, in parte, nella pratica giudiziaria. Esso studia ciascun istituto, quasi isolandolo dalla teoria generale, compiacendosi di moltiplicare le eccezioni al diritto comune, come di altrettante scoperte giuridiche, che giustificano quell'autonomia. Le regole astratte, che a poco a poco, coll'osservazione perseverante si staccerebbero spontaneamente dalla forma casistica da cui hanno origine, vanno perdute pel civilista che non ne tiene conto, pel commercialista, che non ha voce in capitolo nella teoria generale e non si occupa di raccogliere sistematicamente.

Mentre il flusso, continuamente rinnovato, della materia prima soverchia la virtù elaboratrice della nostra disciplina, all'opposto è l'alimento che manca al diritto civile. I suoi istituti si svolgono con grande precisione logica di deduzioni, il pensiero legislativo vi è tutto penetrato dalla ricerca microscopica del commentatore, ma l'alto della vita ha cessato di correre in molti dei suoi istituti, che sembrano mere esercitazioni di scuola. Citiamone qualche esempio. L'organismo amministrativo delle società civili vi è così mal regolato, che la loro gestione è costretta ad arrestarsi al primo dissidio dei soci; la locazione di opera, che offre tante nuove combinazioni fra capitale e lavoro, vi è abbandonata al mutevole sentimento del magistrato; il deposito irregolare vi prende una ibrida figura che non è né deposito né mutuo, incapace di garantire chi deposita il suo nelle banche, nelle casse di risparmio; il contratto di pegno è reso così molesto dalle forme solenni, dall'intervento

del giudice, che il credito reale, cui esso dovrebbe soccorrere, costo di più del credito personale; il contratto di vitalizio ricorda ancora i tempi in cui si giuocava una volta tanto sulla durata della vita altrui tentando la buona fortuna, mentre oggidì, basato sull'esperienza statistica della mortalità per opera delle Compagnie assicuratrici, offre innumerevoli combinazioni e opportune garanzie, regolate matematicamente secondo il valore attuale delle rendite dovute al vitaliziato; la disciplina del contratto di trasporto ricorda i poveri tempi in cui una diligenza impiegava otto giorni da Venezia a Firenze, se pur vi arrivava, e sembra aver sonnecchiato mentre le forze meccaniche applicate ai vicini trasformavano la faccia della terra. Si avvicini il nuovo al vecchio, si riconducano le correnti della vita alle istituzioni civili e vedremo restaurarsi, rianimarsi molti istituti, che, per difetto di funzioni, rischiano di morire per atrofia. Si abbandonino quell' inorganico istituto delle Società civili, fondato sovra un arcadico senso di fratellanza fra i soci, e valgano per tutte le Società, qualunque ne sia l'oggetto, le forme più flessibili e rigorose che il diritto commerciale si è elaborato, conciliando la responsabilità degli amministratori col vigore dell'amministrazione; si avvicinino i frammenti scritti nel codice di commercio intorno alla vendita al diritto comune, e scompariranno tante apparenti antinomie, p. es., sulla vendita dell'una cosa altrui, sulla vendita con precedente assaggio, per comporsi in una forma più precisa, capace di svolgersi logicamente nelle molteplici combinazioni del commercio moderno; si accostino le poche regole retoriche che la locazione d'opere ha nel diritto civile alla disciplina che questo contratto trova nell'opificio, e nello stesso codice di commercio vigente intorno all'arruolamento dei marinai, e si vedrà come si possa conciliare la rigida disciplina del lavoro colla tutela dell'operaio. Si avvicinino gli istituti, che ora mettono le loro radici in questi due mondi, civile e commerciale, artificialmente distinti: si accosti ad es., la legge che regola i diritti d'autore, che sono spesso ispirati ad alti ideali civili, a quella che regola i diritti dell'inventore, che lavora per lo più a scopo di concorrenza e di speculazione, e si scoprirà più facilmente il carattere giuridico di questo anomalo diritto di proprietà, intorno a cui si affaticano finora indarno, con sforzi isolati e divisi, la dottrina e la giurisprudenza. Agevolando questi riavvicinamenti con un codice unico, si giungerà indubbiamente a una costruzione giuridica più perfetta, perchè più precisa e comprensiva, della forma generale. L'opera riunita di quanti si affaticano nelle indagini di diritto privato ci

condurrà ad una elaborazione scientifica più alta, ove la massa enorme dei Codici e delle leggi speciali, che ora sembra impedire la formazione di un diritto scientifico, sarà semplificata colla conquista di principi e di definizioni, che potranno fare le veci di un'infinità di regole sparse alla rinfusa, e ripetute inconsapevolmente nelle nostre leggi.

1 danni più sensibili di questa separazione emergono quotidianamente dalla pratica giudiziaria, poichè gli attriti che sorgono per l'applicazione dei due codici rendono malagevole al cittadino la via della giustizia. I tribunali sono tutti occupati a giudicare se l'affare, per cui è sorto il litigio, è o meno un atto di commercio: la questione è frequente, perchè conviene deciderla per determinare con qual legge, con quale procedimento, da qual tribunale deva giudicarsi; per stabilire la qualità di commerciante, o la capacità di chi si è obbligato. Chi vuol avere giustizia deve fare una causa preliminare per sapere dove e come può esercitare il proprio diritto. Ed è una causa difficile, in cui può fallire anche il criterio di un provetto causidico, perchè il limite che separa il diritto civile dal commerciale è in perpetuo movimento. Esso oscilla continuamente secondo le tendenze economiche del magistrato, secondo l'ambiente in cui giudica, e specialmente secondo le conclusioni pratiche cui vuol arrivare: il magistrato sarà favorevole a riconoscere all'atto il carattere commerciale quando vorrà agevolare l'ammissione di una prova, respingere un'eccezione dilatoria del debitore; sarà disposto a negarlo, quando può risparmiare ad un cittadino la dichiarazione di fallimento, un processo di bancarotta, una tassa di esercizio: finora le nostre Corti negavano spesso il carattere commerciale per restringere la competenza dei tribunali di commercio di cui diffidavano; appena la cognizione dei litigi mercantili sarà affidata al giudice comune muteranno i loro criteri di apprezzamento. In tale materia le opinioni più disparate sono spesso egualmente razionali e accettabili, perchè la definizione dell'atto di commercio che la scienza ci offre è così generica da lasciarci in balia agli apprezzamenti del giudice. E mentre i magistrati si palleggiano l'onore e l'onere del giudizio, chi ci va di mezzo è la fede nella giustizia, perchè simili questioni processuali, che non s'intendono col senso comune, ci avvezzano a patire il sopruso, a rinunciare al nostro diritto, dinanzi alla necessità di farlo valere per vie così lente e insidiose.

Si dirà che un sistema degli atti di commercio è necessario per determinare chi è commerciante, e che tutte le diaboliche questioni che noi deploriamo sulla natura dell'atto risorgerebbero anche con un codice unico, ognivolta che si dovesse ricercare se uno è o non è commerciante. Si può togliere quasi ogni valore a quest'obiezione, osservando che le più accorte legislazioni hanno agevolato quella ricerca coll'istituire il registro dei commercianti, e coll'imporre ai medesimi l'obbligo di iscriversi, mediante la minaccia di tali sanzioni, che i più sono spinti dal proprio interesse ad eseguire quel precetto (7). Ma quand' anch' i si dovesse in rarissimi casi indagare se l'atto è commerciale, sia per iscrivere nel registro chi doveva farlo da sé, o per cancellarvi chi si iscrisse indebitamente, avremmo in ogni modo ottenuto l'immenso beneficio di risparmiarci questa ricerca in tante altre occasioni, in quella specialmente che si riferisce alla scelta del codice che si deve applicare in ogni singolo affare. Sarebbe così spianata la via alla giustizia, tolto un ostacolo che ne insidia il limitare, esautorando innanzi agli uomini di affari, che domandano una giustizia sollecita ed economica, l'autorità della legge, del giudice e degli avvocati.

Riassumendo: il diritto commerciale fu il più nobile frutto della vita chiusa delle corporazioni mercantili, fu benefica reazione contro le influenze del diritto romano, sofisticato da' suoi glossatori, e contro quelle ancor più deleterie del diritto canonico. Ma combattendo le battaglie del diritto, a tutela del credito, il commercio lavorava per tutto il popolo, e la sua disciplina giuridica è divenuta patrimonio comune. Oggi in cui v'è un solo potere legislativo, che s'ispira agli stessi principi di eguaglianza e di libertà per ogni ramo del diritto privato; — in cui la riforma delle leggi civili può seguire agevolmente i progressi economici; — quell'autonomia non ha più ragione di essere. Finché essa dura, continuerà il contrasto fra il nostro sistema legislativo e l'unità della nostra vita economica: il diritto subirà un'influenza storica che non lascia più tracce nella società moderna, su cui pur scende la sua disciplina. Intanto quella separazione è un ostacolo, ognora più sensibile, alla formazione di un diritto cosmopolita, mentre pare che lo favorisca; è cinghio di continue soverchierie a danno dei cittadini, costretti a subire la legge che i commercianti si vennero elaborando a tutela dei propri interessi; nuoce al progresso scientifico e legislativo del diritto privato: del diritto commerciale, perché esso trae uno scarso beneficio dalla dottrina giu-

ridica tradizionale, e del diritto civile, perché gli manca l'elemento che può rinnovarlo secondo la necessità della vita reale; nuoce infine all'esercizio pratico perché è cagione di inestricabili difficoltà processuali.

Il problema, tranne qualche cenno alla sfuggita, può dirsi ancora intentato: forse non si arde di indagarlo per rispetto a un'autonomia consacrata da secoli, cui si lega tanta parte delle glorie mediche d'Italia. Ma la scienza del diritto è paziente, perché essa conosce per prova come si elabori lentamente ogni riforma giuridica destinata a durare. Noi dobbiamo cooperarvi modestamente avvicinando la teoria degli istituti mercantili a quella generale delle obbligazioni, pensando che se stanno separate nei codici, costituiscono un solo organismo giuridico. L'imminente soppressione dei Tribunali di commercio, per cui quei codici saranno applicati dal medesimo giudice, ci affida che la futura giurisprudenza compirà più intimamente la desiderata fusione dei principi che li governano.

Così il diritto procede, per una spirale saliente, alla conquista di regole sempre più larghe e precise, semplificando di continuo la somma de' suoi principi, ordinandoli in un sistema sempre più semplice e vigoroso, ove si raccolgono logicamente le infinite esperienze e le osservazioni dei secoli.

Sono per voi, o miei dilette studenti, le ultime parole.

Lavoriamo. Vi è nella scienza un'attrattiva che può suscitare tutte le virtù battagliere dei giovani. Lavoriamo. Io amo quelle file attenti di giovani che si affollano nei primi banchi della scuola; che fecondano nelle biblioteche, negli archivi i germi raccolti nella lezione; vorrei che vi abituaste a vincere la ripugnanza che si sente da principio per le fonti, a seguire le varie fasi di un istituto giuridico nelle sue origini storiche, nella giurisprudenza, nelle leggi e negli usi vigenti. Si apprende di più da una ricerca condotta colla propria mente che da un intero sistema giuridico, appreso a memoria. Se qualche dubbio vi agita, se vi manca una guida nelle vostre ricerche, un libro per compiere qualche studio; se volete un consiglio, un giudizio schietto sui vostri lavori, se vorrete più tardi che vi agevoli il modo di pubblicarli, venite a me liberamente: il mio pensiero per voi non si arresta al limine dell'Università.

Il Giusti — lui che studiava senza tregua — ha fatto or sono 40 anni l'apologia del « papparsi in quindici giorni l'esame, in barba agli sgobboni. » Quei versi ebbero la sventura di sopravvivere al

tempo in cui furono scritti. Allora la gioventù italiana congiurava e fremeva per la libertà e per la patria: allora era triste poltrire nella scuola mentre si dovevano affilare le armi per la sua redenzione. Dopochè furono vinte quelle sante battaglie, la gioventù si raccolse nelle Università senza guida e senza ideale, ondeggiante in una tepida atmosfera di scetticismo: vita sfaccendata e senza riposo. Ora la gioventù si è fatta più seria: la lotta per l'esistenza proietta le sue malinconiche ombre anche in queste aule. Entrando nell'Università Voi già pensate alla professione in cui farete più tardi le vostre prove, ed io intendo e rispetto queste inquietudini anticipate, io che ho pure dovuto vivamente lottare per aprirmi una via. Ma ricordatevi che solo in questi anni, consacrati alla scuola, Voi troverete ogni agevolezza per rendervi famigliari i principi e il metodo della ricerca scientifica. Se avrete imparato ad usarne con facilità, potrete accrescere, anche professando, la vostra dottrina, ma se non avrete saputo educare la mente alla fatica delle ricerche, scenderete poi rapidamente, incalzati dai bisogni quotidiani, nella via dell'empirismo volgare.

Bologna 14 Gennaio 1888.

CESARE VIVANTE.