

**SULLE TRACCE DI UNA VECCHIA TALPA: IL DIRITTO COMMERCIALE NEL SISTEMA NEOLIBERALE.**

FRANCESCO DENOZZA

SOMMARIO: 1. Diritto commerciale e mercati. – 2. Diritto commerciale e *Lex mercatoria*. – 3. La contrapposizione atti *v.* attività. – 4. Il soggetto e il contesto. – 5. Il diritto commerciale e la rivoluzione neoliberale. – 6. Il diritto commerciale e la disciplina (neoliberale) del contratto: i contratti con i consumatori. – 7. Segue: i contratti tra mercanti. – 8. Conclusioni: ...*Graecia capta ferum victorem cepit?*

*1. Diritto commerciale e mercati.*

La storia più frequentemente raccontata<sup>1</sup> narra di un diritto commerciale nato in epoca intermedia, il cui primo nucleo si sarebbe formato nelle grandi fiere dove a tutti i partecipanti, locali o stranieri che fossero, veniva imposto il rispetto di regole che tendevano ad essere uguali per tutti (i mercanti) e per tutte (le fiere), con clamorosa contrapposizione al particolarismo allora dominante nel diritto civile. Molti storici moderni dubitano che questa storia sia vera<sup>2</sup>, ma prendiamola pure per buona. In fondo è comunque significativo che qualcuno l'abbia inventata e raccontata.

Questa storia ci insegna che il diritto commerciale nacque nei mercati per soddisfare le esigenze di gente la cui vita veniva spesa nei, e affidata all'andamento dei, mercati. Individui chiamati, appunto, mercanti. Ne ricaviamo, allora, una prima indicazione, e cioè che alla più intima radice del diritto commerciale, prima di qualsiasi altro elemento, prima degli atti di commercio, prima dei commercianti, prima dell'organizzazione, prima dell'attività, sta il mercato, inteso come fenomeno e come ideologia (nel senso di concezione delle

---

<sup>1</sup> Tra le tante, v. l'efficacissima sintesi di F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 189 e più diffusamente, Id., *Lex mercatoria, Storia del diritto commerciale*, 5° ed., Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>2</sup> Cfr. E. KADENS, *The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct*, in *Journal of Legal Analysis*, Advance Access published June 26, 2015, la dottrina ivi citata e l'argomentato riepilogo delle numerose obiezioni cui la teoria della *law merchant* si espone. V. anche, della stessa A., *The Myth of the Customary Merchant Law*, in 90 *Texas law Rev.*, 1153 (2012) nonché S. SACHS, *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval "Law Merchant"*, in 21 *Am. U. Int'l L. Rev.*, 685 (2006). V. anche M. FORTUNATI, *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 29 (la quale ricorda, p. 37, come non fosse di applicazione generale neppure la famosa regola che proteggeva dalla rivendicazione i frequentatori delle fiere che avessero acquistato in buona fede merci da non proprietari).

Rappresentata peraltro è anche la tesi che svaluta le peculiarità di una presunta *law merchant* da un altro punto di vista, sostenendo che il diritto commerciale troverebbe agevolmente un antenato già nel diritto romano. Ad es., V. CARRO, *Aspetti problematici del diritto commerciale romano*, in *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, n. 8 (dicembre 2014) a <http://www.eumed.net/rev/rehipip/08/diritto-commerciale.html>.

caratteristiche dominanti del mercato, del suo modo di funzionare, delle sue presunte esigenze, ad es. di rapidità, speditezza, affidabilità, ecc.)<sup>3</sup>.

Da questo punto di vista si può facilmente notare che se è vero che il diritto commerciale è nato nelle fiere medioevali è allora anche vero che è nato in un'epoca in cui accanto alla gente chiamata mercanti, che viveva nel e per il mercato, esisteva molta altra gente il cui rapporto con il mercato era praticamente irrilevante. L'autoproduzione locale soddisfaceva una gran parte del consumo complessivo e le classi dominanti si mantenevano per mezzo di prelievi diretti, garantiti non da scambi mercantili, ma da diritti di tipo politico.

Questa situazione si è progressivamente evoluta, il mercato si è esteso e diversificato, e i rapporti delle varie categorie di soggetti con il mercato si sono differenziati e complicati. Anche dopo il definitivo trionfo del capitalismo, e l'espansione sociale del mercato che ciò ha portato con sé, rilevanti componenti sociali lontane dal mercato, o addirittura ad esso estranee, sono più o meno a lungo sopravvissute (importanti organizzazioni private popolate da maggiordomi, servi, cocchieri, ecc.; professionisti che consideravano il rapporto con il mercato non solo ad essi estraneo, ma addirittura disdicevole; proprietari terrieri che non coltivavano direttamente la loro terra e, in generale, gente che viveva di rendite di vario tipo, specialmente, in epoca più recente, di carattere finanziario). Costoro erano, come tutti oramai, certamente coinvolti in prassi di tipo mercantile. Era infatti sparita, con i vincoli feudali, e con la conquista dell'autonomia individuale, la possibilità di fare valere privilegi di *status* e diritti precostituiti e ciascuno doveva in qualche modo contrattare la sua posizione. Molti continuavano però a dipendere dal mercato in maniera spesso limitata e raramente svolgevano in esso un ruolo attivo<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> L'importanza del rapporto del diritto commerciale con il mercato non è, ovviamente, una grande scoperta. V., ad es., in una prospettiva però abbastanza diversa da quella che sarà coltivata qui nel testo, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 255, l'intera sezione intitolata "diritto commerciale e diritto del mercato" o anche, nella classica trattazione di R. GOODE, *Commercial law in the next millennium*, 1998 (tr. it. *Il diritto commerciale nel terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2003), il secondo capitolo dedicato al tema del rapporto contratto-mercato.

<sup>4</sup> Con ciò non voglio certo sostenere che mentre il diritto commerciale continuava a preoccuparsi degli interessi dei commercianti, il diritto civile fosse rimasto ancorato alla difesa degli interessi dell'aristocrazia terriera. Al contrario. Il legame del diritto civile della prima metà dell'800 con la rivoluzione industriale, con l'ideologia liberale e, in definitiva, con la fiducia negli esiti positivi del libero esplicarsi delle forze del mercato, è un dato incontestabile. Con riferimento alla pandettistica v. per tutti F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983, 82; quanto all'altro (rispetto a quello "kantiano" di Savigny e successori) filone di pensiero, e cioè quello hegeliano, il legame tra diritto- società civile – sistema dei bisogni (il mercato nel linguaggio di Hegel) è più che evidente (alludo ovviamente all'elaborazione contenuta in G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, tr. it. con testo a fronte, Bompiani, Milano 2006; e v. recentemente L. HERZOG, *Inventing the Market, Smith, Hegel & Political Theory*, Oxford University Press, 2013, in particolare p. 51 ss. Nella nostra dottrina v. ad es. F. GALGANO, (nt.1), 193.

Il problema è se mai quale fosse l'idea del mercato al cui servizio anche il diritto civile andava a porsi. Da questo punto di vista è abbastanza evidente che il mercato in cui si sostanzia la visione del mondo che ispira l'elaborazione giuridica dell'autonomia del soggetto, dell'auto-responsabilità, della signoria della volontà, ecc., è un mercato idealizzato che si propone come un ambiente bensì relativamente ostile (tra l'altro, in quanto popolato da egoisti strategici), ma comunque suscettibile di essere domato e di diventare un *habitat* più che adeguato per un soggetto dotato di certe qualità. Specialmente per un soggetto immaginato come capace di

La realtà attuale è profondamente diversa. Lasciando perdere aristocratici, latifondisti e cocchieri, il cui destino è a tutti più che evidente, dedicherei un attimo di riflessione alla sola rendita finanziaria, notando come oggi sia molto difficile pensare a un *rentier* che sopravvive limitandosi a tagliare cedole. Nella società dell'incertezza, in cui anche il fare prestiti agli stati è tornata ad essere attività potenzialmente rischiosa, non c'è più posto per gestioni, per così dire, statiche, di alcunché, e quasi tutti siamo costretti a cercare di svolgere qualche attivo ruolo su un mercato con i cui andamenti i nostri destini sono sempre più strettamente intrecciati.

La mia opinione è che i rapporti tra diritto civile e diritto commerciale sono stati condizionati principalmente da questa evoluzione economica e che alla base della distinzione, e dei diversi contenuti che questa ha via via assunto, stanno le diverse configurazioni che il mercato storicamente (e anche sincronicamente) assume<sup>5</sup>.

Non sono ovviamente in grado di verificare questa ipotesi ripercorrendo qui l'intera storia del diritto commerciale. Mi limiterò perciò a illustrare la conclusione che essa suggerisce con riferimento al presente. La conclusione è che il distinguere, più o meno nettamente, due corpi di regole applicabili in base al rapporto di maggiore o minore vicinanza che atti o soggetti hanno con il mercato, non ha oggi più senso, perché il mercato coinvolge in modo diverso un po' tutti, e ciascuno è chiamato a svolgerci attivamente un proprio non irrilevante ruolo.

---

dominare le irrazionali pulsioni che il mercato può suscitare e che entra nell'arena mercantile con tutta l'orgogliosa indipendenza del suo individualismo possessivo (l'espressione come noto è di C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, tr. it. di *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Isedi, 1973).

Stiamo parlando di fenomeni storici complessi e di concetti delicati, ma volendo ricorrere ad una rozza battuta direi che il diritto civile della prima metà dell'ottocento è ormai ovviamente lontano dalle immagini e dalle esigenze dell'aristocrazia fondiaria, ma è ancora legato ad una idea di mercato in cui i soggetti governano le sfere di autonomia loro spettanti allo stesso modo che l'antica aristocrazia governava i suoi feudi. Non si tratta ancora del mercato concepito come meccanismo impersonale, e di un diritto posto al servizio (non più dell'autonomia del soggetto, ma) di una società che si deve confrontare in maniera generalizzata con gli imperativi dell'accumulazione capitalistica.

Questa pur rozza contrapposizione tra due diverse nozioni di mercato mi offre l'opportunità di sottolineare un elemento che è un po' il filo conduttore di tutto il discorso sviluppato nel presente lavoro e cioè che il mercato non è una costante suscettibile di essere genericamente contrapposta a sistemi di interazione non mercantili. Il mercato è invece altamente variabile sia nelle sue realtà, sia nelle sue ideologie. Esistono diversi modi di organizzare il mercato e ancora più modi di immaginarselo.

<sup>5</sup> Configurazioni che ovviamente incidono anche sul diritto civile. E' ovvio, ad es., che il diritto civile della prima metà dell'800 era molto più "mercantile" del diritto civile precedente. Questa è una delle ragioni per cui penso che da un certo momento in poi (diciamo, almeno dall'epoca delle prime codificazioni) una storia del diritto commerciale in quanto tale non sia più molto significativa se non accompagnata da una storia dell'evoluzione del diritto civile, ovvio essendo che l'una condiziona inevitabilmente l'altra, come a suo modo (e cioè ponendo come *primum mobile* le esigenze del commercio) notava anche L. GOLDSMITH, *Handbuch des Handelsrechts*, vol I, 3° ed., Stuttgart, Ferdinand Enke, 1891, 11. Sia chiaro che enfatizzare questa unità dialettica non implica alcuna adesione alla tesi esposta con varie metafore, come ad es. quella, peraltro molto efficace, del ghiacciaio sulla montagna (v. L. REGISTER, *The Dual System of Civil and Commercial Law*, in 61 *University of Pennsylvania Law Rev.*, 1913, 240, 249) che assegnano al diritto commerciale il sistematico compito di anticipare soluzioni con cui anche il diritto civile finirà, prima o poi, per dover fare i conti.

Per le ragioni che cercherò di spiegare, il diritto commerciale nato (realmente o mitologicamente) nei mercati delle grandi fiere dell'epoca medioevale, muore (perde la sua identità e così si dissolve) nel mercato universalizzato dell'epoca neoliberale e però risorge, in un certo senso, dalle sue ceneri, nell'attuale processo di "mercantilizzazione" di (quasi) tutte le interazioni sociali<sup>6</sup>.

## 2. *Diritto commerciale e Lex mercatoria.*

Prenderò ora in esame le due principali impostazioni presenti nella nostra dottrina così come illustrate da Libertini<sup>7</sup>.

La prima (la seconda, nell'esposizione di Libertini e da lui giustamente legata al nome di Galgano) fa riferimento alla c.d. *Lex mercatoria*. Questa impostazione ha l'indubbio pregio di collegare il nostro dibattito interno ad un rilevante dibattito internazionale, quello incentrato sulla discussa analogia tra una presunta, moderna, *Lex mercatoria* e un antico diritto commerciale o (facendo riferimento al nome che assunse in Inghilterra) *Law Merchant*.

Più o meno la questione centrale di questo dibattito è se sia effettivamente esistita nel passato una *Law Merchant*, nel senso di una legge comune a tutti i mercanti, caratterizzata, da una parte, dalla sua vocazione ad una universale uniformità (in contrapposizione al localismo della legislazione civile) e, dall'altra, dal ruolo svolto dai mercanti<sup>8</sup> nella sua produzione e applicazione. Ci si chiede, poi, se queste stesse caratteristiche ricompaiano oggi in quella che viene chiamata la *lex mercatoria*.

Il tema è molto controverso e carico di implicazioni ideologiche adeguatamente sottolineate dalla storiografia più recente<sup>9</sup>, che (come ho già anticipato) sembra attualmente in maggioranza orientata a negare che sia mai esistito un corpo di regole aventi contenuti e ambiti di applicazione così definiti da configurare una vera e propria *Law Merchant*.

Al di là dell'esito di questo dibattito, a me sembra comunque che esso riguardi questioni diverse e molto più circoscritte di quelle implicate dal più generale e tradizionale dibattito nostrano sul rapporto tra diritto civile e diritto commerciale. In fondo l'attuale protagonista, nel senso della preda in palio, in questa tenzone è oggi sostanzialmente una parte del solo diritto contrattuale<sup>10</sup> ed ha quindi una dimensione molto lontana da quella che il diritto commerciale aveva raggiunto nei codici di commercio dell'800.

Del resto è in qualche modo significativo della non sovrapponibilità dei due dibattiti (esistenza della *Lex mercatoria* – esistenza e confini del diritto commerciale) il fatto che la questione della *Lex mercatoria* conti cultori anche tra i giuristi anglosassoni, che invece per

---

<sup>6</sup> Osservazioni in qualche modo simili a quelle del testo sono svolte con riferimento alla *Lex mercatoria* da M.R. FERRARESE, *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a per tutti?*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 157.

<sup>7</sup> M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia.*, *Riv. soc.* 2013, 1.

<sup>8</sup> Il ruolo centrale svolto dalle consuetudini create dalla collaborazione tra i mercanti e i notai è vigorosamente sottolineato da A. PADOA-SCHIOPPA, *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 75.

<sup>9</sup> V. ad es. le osservazioni di N. FOSTER, *Foundation Myth as legal formant: the Medieval Law Merchant and the new Lex Mercatoria*, in *Forum historiae juris*, 2005 rinvenibile sul sito <http://www.forhistiur.de/zitat/0503foster.htm>.

<sup>10</sup> Sottolinea il punto anche C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 361.

quanto riguarda il diritto commerciale non hanno mai avuto una tradizione di dibattito in qualche modo paragonabile alla nostra<sup>11</sup>.

Proporrei perciò di lasciare per ora il dibattito sulla *Lex mercatoria* al suo destino e di concentrare l'attenzione sull'altro filone del dibattito nostrano, quello che trova, come ancora giustamente rileva Libertini, la sua espressione più radicale nel pensiero di Ferro- Luzzi.

### 3. *La contrapposizione atti v. attività.*

Tentando di sintetizzare, con inevitabili elementi di approssimazione e di imprecisione, individuerei il nucleo portante di questo filone nel riferimento ad una contrapposizione tra un diritto (il diritto civile), centrato intorno alla disciplina di un soggetto che compie atti che col suo agire qualifica, e che incidono sulle sue posizioni soggettive, contrapposto a un diritto (il diritto commerciale) centrato intorno alla disciplina di una attività che è invece lei a qualificare gli atti che la compongono, con conseguente svalutazione del soggetto, relegato a ricoprire ruoli che egli ha scarse possibilità di qualificare con i suoi atti di volontà.<sup>12</sup>

Dubito fortemente delle capacità generali di inquadramento di questa tesi e della sua idoneità ad offrire validi spunti ricostruttivi dell'attuale disciplina.

Nessuno vuole ovviamente negare che possano esistere differenze, anche radicali, tra ipotesi di compimento di singoli atti e ipotesi in cui gli atti vengono insistentemente ripetuti. Che la quantità possa trasformarsi in qualità lo sappiamo almeno da Hegel in poi, e anche il senso comune ci dice che giocare a tennis una volta ogni tanto non è come giocare dieci ore al giorno e che bere qualche volta un bicchiere di vino a pasto non è come berne venti al giorno. In questi, e in moltissimi altri casi, il passaggio dagli atti all'attività può cambiare radicalmente la vita delle persone.

Non sorprende quindi che il legislatore possa decidere di dettare una disciplina, almeno a certi fini, diversa, per gli atti appartenenti ad una serie coordinata, rispetto a quella dettata per atti dello stesso tipo compiuti in maniera occasionale<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> R. GOODE, *The Codification of Commercial Law*, in 14 *Monash U. L. Rev.* 135 (1988), 141, "For my purposes I shall treat commercial law as that body of law which governs commercial transactions, that is, agreements and arrangements between professionals for the provision and acquisition of goods, services and facilities in the way of trade".

<sup>12</sup> Spero di avere riassunto senza eccessive distorsioni il pensiero dei sostenitori di queste tesi. V. in particolare, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971; C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Laterza, Roma, 2002, 11 ss; Id., *Sull'insegnamento di Paolo Ferro-Luzzi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2013, 121 e, oltre ai citati commenti di Libertini, quelli di P. SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti Associativi di Ferro-Luzzi)*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I 143. Con un gioco terminologico divertente (anche se un po' spericolato), potremmo mutuare un termine (ma non necessariamente il suo problematico significato) dalla semiotica, e dalla linguistica strutturale, e dire che nella prospettiva che fa capo a Ferro-Luzzi il soggetto cessa di essere un *attore* e diventa un *attante*, nel senso di un individuo che si muove all'interno di relazioni precostituite, in una rete di dipendenze in cui i ruoli giuridici esistono in funzione reciproca secondo una logica tutta interna al sistema, indipendentemente dall'azione di fattori (soggetti compresi) esterni. In sostanza, un semplice attivatore di strutture.

<sup>13</sup> E v. a questo riguardo la minuziosa analisi di N. RONDINONE, *L' "attività" nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 2001.

Ben diversa dalla descrizione di questo semplice fenomeno è però la pretesa che la contrapposizione atti - attività possa essere addirittura l'elemento fondante delle peculiarità di un diritto commerciale inteso essenzialmente come diritto dell'impresa- attività.

Va notato, anzitutto, che questo filone del nostro dibattito, tutto incentrato sulla nozione di attività, è però sorprendentemente molto lontano dalla discussione in tema di impresa che in questi ultimi decenni ha sconvolto il panorama internazionale<sup>14</sup> e che è stata dominata da temi assolutamente diversi<sup>15</sup>.

In questo dibattito l'attenzione è concentrata su un problema, quello del coordinamento, che appare del tutto assente nel dibattito nostrano. L'impresa di Alchian e Demsetz è uno strumento di coordinamento che al suo interno riproduce, con adattamenti, i meccanismi di mercato<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Sulla questione del diritto commerciale come diritto autonomo separato dal diritto civile non esiste un vero dibattito internazionale nello stesso senso in cui esiste per il tema della *Lex mercatoria* (nel senso, cioè, di un dibattito relativo ad un tema discusso a livello mondiale in termini analoghi da giuristi provenienti da ordinamenti e a ree culturali diversi che usano però categorie condivise).

Il tema dell'autonomia del diritto commerciale è bensì presente in molti ordinamenti ma ciascuno sembra orientato a risolverlo per conto suo. Il recente dibattito svoltosi, o in via di svolgimento, nell'ordinamento spagnolo è illustrato da M. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato oggi*, in questo stesso fascicolo di questa *Rivista*.

L'esperienza di altri ordinamenti è esaminata da G. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.* 2008, 1. A puro titolo indicativo possiamo ricordare anche, sull'esperienza argentina recente, A. MOSCARIELLO, *Il diritto commerciale e d'impresa in Argentina*, in *Il nuovo diritto delle società*-n.16/2015, 23; sempre su quella argentina, ma meno recente e con grande attenzione comparatistica v. E. AZTIRIA, *Commercial Law and Private Law in Countries Having a Continental Legal System*, in 1 *Inter-Am. L. Rev.* 123 (1959) Su quella giapponese v. T. FUJITA; *"De-codification" of the Commercial Code in Japan*, [www.gcoe.j.u-tokyo.ac.jp/pdf/GCOESOFTLAW-2012-5.pdf](http://www.gcoe.j.u-tokyo.ac.jp/pdf/GCOESOFTLAW-2012-5.pdf). Su quella austriaca, e però con ampia visione comparatistica, almeno a livello europeo, M. SIEMS, *The divergence of Austrian and German Commercial Law- What Kind of Commercial Law Do We Need in a Globalised Economy ?*, in *International Company and Commercial Law*, 2004,273.

Il dibattito nostrano sul diritto commerciale come diritto delle attività e delle imprese mi sembra caratterizzarsi, rispetto ad altre impostazioni, anche per la presenza di una strisciante aspirazione di tipo ontologico: quella di dimostrare che, in un modo o nell'altro, la separazione tra il diritto delle imprese e delle attività (il diritto commerciale) e quello dei soggetti che compiono atti (il diritto civile), anche se evolve storicamente, riflette comunque una differenza di essenza che trascende le contingenze storiche.

<sup>15</sup> L'ultimo rilevante tentativo di restare in qualche modo collegati al dibattito internazionale che mi viene in mente fu quello di valorizzare l'elemento responsabilità – rischio (il collegamento era con l'originale teoria di Frank Knight che a quel tempo rappresentava effettivamente uno dei poli della discussione internazionale) a suo tempo compiuto da R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1964 (un giuscommerzialista le cui intuizioni meriterebbero con il senno di poi di essere rivalutate e penso, oltre che alla nozione di impresa, alla moderna classificazione dei diritti di proprietà intellettuale come diritti di monopolio contro la concettualistica classificazione come proprietà su beni immateriali accettata per esempio da Ascarelli).

<sup>16</sup> A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs and Economic Organizations*, in 62 *American Economic Review*, 1972, 777.

L'impresa di Coase<sup>17</sup> è uno strumento di coordinamento che si pone come alternativo al mercato. L'impresa di Williamson<sup>18</sup> è un meccanismo di coordinamento che compete con il mercato, il contratto, gli arbitraggi, gli ibridi, ecc.

In tutte queste visioni il tema centrale non è quello della natura o della sostanza dell'attività, ma quello, ben più concreto e universale, del come trarre i maggiori benefici possibili dal coordinamento tra i comportamenti di singoli individui, colti nel momento in cui instaurano tra loro forme (diverse) di collaborazione, dove, pur collaborando, restano però sempre, e questo è il punto decisivo, individui pienamente autonomi portatori di un proprio esclusivo interesse che non sono disposti a subordinare a quello di nessun altro. Centralità quindi non di atti o di attività, ma di una certa concezione del soggetto e del modo in cui può instaurare proficui rapporti con gli altri soggetti<sup>19</sup>.

#### 4. Il soggetto e il contesto.

Questo punto, il tema del soggetto, credo meriti una breve digressione, visto che si tratta di tema molto complesso che ben può creare confusioni.

Credo che possiamo essere tutti d'accordo sul fatto che il diritto si applica, alla fin fine, a individui in carne ed ossa e che lo scopo principale perseguito dalle norme giuridiche è quello di indirizzare o, se si vuole, governare, il comportamento di individui (sempre in carne ed ossa).

In questa prospettiva diventa fondamentale il modo in cui la figura del soggetto giuridico, destinatario dell'applicazione della norma, viene costruita e sovrapposta a quella dell'individuo. Intendo dire una cosa molto semplice, e cioè che chi pensa che gli individui possiedano in genere certe caratteristiche (ad es. piena razionalità e capacità di autocontrollo) tenderà a costruire il soggetto giuridico in un certo modo (ad es., il soggetto signore della sua volontà come il monarca assoluto lo è del suo regno) e a modellare le norme in modo che siano "adeguate" a disciplinare i comportamenti di soggetti così caratterizzati. Se invece si pensa che le caratteristiche prevalenti degli individui siano i loro limiti cognitivi o il loro incontrollabile (dalla ragione) egoismo, le norme dovranno essere modellate in maniera

<sup>17</sup> R. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 386.

<sup>18</sup> O. WILLIAMSON, *The vertical integration of production: market failure considerations*, in 61 *American Economic Review*, 1971, 112; Id. *The economic institutions of capitalism*, The Free Press, New York- London, 1985.

<sup>19</sup> La contrapposizione che sviluppa C. ANGELICI, (nt. 11) tra l'impresa caratterizzata dalla gerarchia e il mercato caratterizzato dal contratto tra soggetti indipendenti, non corrisponde, nonostante le assonanze terminologiche (con Coase e Williamson, ovviamente, non con Alchian & Demsetz) alla ispirazione profonda del pensiero di tutti questi autori. Nella prospettiva di costoro la "gerarchia" è una pura tecnica decisionale, resa talvolta necessaria dal fine del miglior coordinamento delle transazioni, che restano il riferimento principale.

In questa prospettiva la gerarchia non porta con sé nessun riferimento al potere sociale e nessun investimento ideologicamente "pesante" come avviene invece nella proclamazione del nostro art. 2086 del cod. civ. (*L'imprenditore è il capo dell'impresa...*) o, più in generale, nell'affermazione del c.d. *Fuehrerprinzip*. La gerarchia è un semplice effetto del contratto (di lavoro subordinato) e la rottura del contratto (con cui il potere decisionale è stato affidato) distrugge automaticamente il rapporto gerarchico e ogni altra forma di potere. La seconda (la gerarchia) dipende perciò dal primo (il contratto) che resta anche qui assolutamente centrale.

inevitabilmente diversa. E ciò vale per tutte le altre possibili capacità o legittimi bisogni che si abbiano a ritenere di spettanza degli individui il cui comportamento si intende governare. In questo banalissimo senso le modalità di costruzione dei soggetti giuridici sono in genere fondamentali e tanto più lo sono con riferimento al diritto occidentale moderno, posto che tutta la sua (dell'occidente moderno) filosofia fa i conti con i problemi del soggetto almeno dai tempi di Cartesio in poi.

Ovviamente questo è un livello del discorso. Possono essercene di più profondi che riflettono sulla intera categoria del soggetto e ne contestano la natura prettamente e tipicamente ideologica<sup>20</sup> o ne decretano addirittura la morte<sup>21</sup>. Non credo però che sia questo il livello del discorso che vogliamo affrontare qui.

Restiamo perciò al semplice schemino che ho delineato sopra: esistono gli individui, si costruiscono i soggetti, si formulano in conseguenza le norme che dovranno essere applicate ai primi.

Ovviamente, ai fini dell'applicazione delle norme l'azione dei soggetti deve essere contestualizzata<sup>22</sup>. Per restare ad un livello sempre semplice e banale, ciò che la norma vieta, autorizza, obbliga, incentiva, ecc. è il comportamento di un soggetto non astratto, ma necessariamente situato. Ne deriva che le finalità e le modalità di applicazione delle norme dipendono necessariamente sia dalle caratteristiche del soggetto, che da quelle del contesto. In conseguenza si possono ovviamente dare norme in cui prevale, per così dire, il profilo oggettivo, nel senso che si applicheranno ad un certo comportamento quale che sia il soggetto che lo realizza, e norme in cui prevale il profilo soggettivo, nel senso che si applicheranno solo ad un certo comportamento tenuto da un soggetto dotato di certe specifiche caratteristiche. In ogni caso, non credo possano esistere norme che possano essere interpretate prescindendo totalmente da uno dei due elementi (la norma sull'omicidio, tutta sbilanciata sulla descrizione dell'azione consistente nel cagionare la morte di un uomo, presuppone comunque in quel "chiunque" che abbia a compiere l'azione, non irrilevanti caratteristiche soggettive, come un certo livello di libero arbitrio, che si sostanzia in una certa volontarietà, in una certa capacità di intendere, nell'assenza di giustificazioni, ecc.).

Forte (si fa per dire) di queste banalissime premesse vorrei tentare una esemplificazione illustrativa prendendo come riferimento una<sup>23</sup> delle tesi sviluppate, a partire dalla sua intuizione di fondo, dallo stesso Ferro – Luzzi, tesi che si è tradotta in una formula che ha recentemente goduto di una diffusa adesione non proporzionata a mio avviso ai suoi effettivi pregi.

---

<sup>20</sup> L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, Presses Universitaires de France, 2011.

<sup>21</sup> J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967.

<sup>22</sup> Qui tocchiamo un altro scottante problema della filosofia occidentale, visto che la critica di Hegel al pensiero di Kant parte proprio da un'accusa di eccessiva astrazione e muove nella direzione della necessaria contestualizzazione del soggetto.

<sup>23</sup> Di un'altra di tali tesi, riassunta nella formula del c.d. istituzionalismo debole, rilanciata anche da Libertini, mi sono diffusamente e criticamente occupato in un altro lavoro cui rinvio, F. DENOZZA, *Logica dello scambio e contrattualità: la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 5.

Alludo alla tesi per cui la società per azioni sarebbe una “tecnica di finanziamento dell’impresa”<sup>24</sup>.

Se intendiamo la formula nel senso, per così dire, “debole”, per cui la disciplina della società per azioni favorisce, tra le altre cose, un certo modo di finanziare le imprese, essa si rivela assolutamente banale e priva di qualsiasi interessante implicazione. Anche la disciplina della società in nome collettivo ha, tra gli altri, lo scopo di favorire un certo (ovviamente altro, rispetto alla società per azioni) modo di finanziare imprese (la funzione “creditizia” della responsabilità solidale non è mai sfuggita a nessuno) e lo stesso vale per gli altri tipi societari e anche per istituti che societari non sono, come il *leasing*, il *factoring*, ecc.

Se invece la intendiamo nel senso, diciamo “forte”, per cui la disciplina della società per azioni si riduce ad essere qualcosa di equivalente alla costruzione di una rete di canali di irrigazione che fa affluire il denaro alle imprese come la rete di canali fa affluire l’acqua ai campi da coltivare, allora il mio dissenso è radicale e totale, e parte proprio dalla questione del soggetto.

Il fatto banale è che i soldi non si muovono da soli (come notava Marx, le merci non vanno al mercato da sole, occorre qualcuno che le porti). Per restare alla metafora, nella società per azioni non basta costruire i canali, occorre convincere l’acqua a muoversi.

Fuori di metafora, per vedere adeguatamente finanziate le imprese del proprio ordinamento, non basta costruire un istituto giuridico modellato su quelle che qualcuno pensa essere le ottimali condizioni di finanziamento e di svolgimento di una attività di impresa, occorre invece, prima di tutto (e cosa molto più importante) convincere i proprietari del denaro ad investirlo nell’attività di impresa e coloro che ne hanno la capacità a darsi la pena di amministrarlo.

Torniamo così al soggetto e alla sua centralità. Quali pensiamo che siano le caratteristiche dei soggetti che possono portare il loro denaro nelle società per azioni? Cosa pensiamo che essi vogliano e cosa pensiamo che essi siano in grado di fare?

Questi sono i veri e centrali quesiti e, come anche ho già avuto occasione di dire altrove<sup>25</sup>, la storia della società per azioni non è, in effetti, una storia di tecniche, di attività, di processi, di organizzazione, ecc., ma è, al contrario, una storia di soggetti, è una storia di come l’evoluzione dei mercati ne ha modellato nel tempo le caratteristiche e di come la disciplina si è di volta in volta adattata alle confliggenti esigenze dei diversi modelli di soggetti assunti di volta in volta come più importanti (i soci risparmiatori, i soci *rentiers*, i soci *managers*, i *managers* di professione, le banche, i fondi di investimento, i fondi pensione, gli *hedge funds*, le varie specie di moderni speculatori, ecc.).

Tutto ciò ovviamente non per una legge sociale o di natura, ma perché siamo in un sistema di mercato e in un sistema di mercato le imprese non sono una realtà indipendente che la legge può limitarsi a regolare. Esse sono invece create e finanziate da individui, ed è il modo

---

<sup>24</sup> E, più in generale il contratto di società sarebbe uno “...strumento di organizzazione dell’impresa” (così, in senso complessivamente adesivo, P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 379, 385).

<sup>25</sup> F. DENOZZA, (nt. 23), 28.

in cui si concepiscono le caratteristiche di questi individui che perciò condiziona come primo e decisivo fattore ogni ragionevole intervento legislativo.

*5. Il diritto commerciale e la rivoluzione neoliberale.*

A questo punto ribadisco la mia tesi: ogni sensata ricostruzione delle tendenze dell'attuale diritto dell'economia (e probabilmente non solo di questo) deve assumere al suo centro la dialettica mercato - soggetto. Intendo dire che le diverse possibili concezioni del mercato, delle sue diverse articolazioni, dei suoi diversi meccanismi e soprattutto dei suoi diversi problemi di funzionamento, implicano differenti immagini dei soggetti che vi operano e conseguentemente differenti indicazioni in ordine alla disciplina che ne deve coordinare i comportamenti.

Questa impostazione consente a mio avviso di inquadrare molti importanti fenomeni a cominciare da uno clamoroso che nessuno può contestare e che invece non trova in genere adeguato inquadramento (anzi, spesso, neppure menzione) nei ragionamenti in termini di atti, attività, ecc. Alludo alla rivoluzione (questa sì per molti aspetti "copernicana") iniziata negli anni settanta del secolo scorso e sfociata nel dominio delle teorie neoliberali. Uno degli aspetti centrali di questa rivoluzione che ho cercato già di illustrare diffusamente altrove<sup>26</sup> è stato il passaggio da una impostazione (dominante nel periodo c.d. keynesiano - fordista) centrata sull'idea di poter correggere le distorsioni dei mercati reali in rapporto al modello ideale (e anche gli esiti comunque indesiderati dei processi di mercato ideali o non) tramite il governo pubblico delle grandezze economiche fondamentali (la moneta, il monte salari, il consumo complessivo, l'entità, e talora anche la qualità, dei finanziamenti alle imprese, ecc.) ad una impostazione centrata sull'idea di intervenire sulle singole transazioni, previa verifica dell'esistenza, in ogni singolo concreto caso, di specifici fattori distorsivi denominati *market failures*<sup>27</sup>.

Questo mutamento di prospettiva ha a mio avviso implicazioni anche sul piano giuridico che sono potenzialmente molto rilevanti e che restano ancora da esplorare compiutamente. Ho svolto altrove alcune osservazioni<sup>28</sup> e non intendo ripeterle qui, dove vorrei invece concentrarmi su un unico elemento, quello del ruolo che il fenomeno dello scambio viene a svolgere nella prospettiva neoliberale e nella sua ideologia giuridica per eccellenza, che è l'analisi economica del diritto. Con ciò non solo non ci allontaniamo dal nostro tema, ma, anzi, ne riscopriamo in qualche modo l'essenza, auto proiettandoci nel periodo in cui il referente oggettivo principale del diritto commerciale erano non l'attività o l'organizzazione, ma un certo tipo di atti di scambio (gli atti di commercio, appunto).

---

<sup>26</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 13.

<sup>27</sup> La nozione di *market failure* preesiste all'evoluzione che sto descrivendo, ma viene a godere nelle nuove impostazioni di una enorme riconsiderazione e soprattutto subisce anch'essa una torsione dal macro al micro: mentre prima i casi che apparivano più importanti erano i monopoli naturali legati alle economie di scala, i beni pubblici e certe macro esternalità, quelli di poi rivelatisi più operativi sono stati invece le asimmetrie informative tra i contraenti di una singola transazione, l'interferenza tra le attività dei vicini, l'occasionale posizione di forza di uno dei partecipanti alla transazione, ecc.

<sup>28</sup> F. DENOZZA, (nt. 23).

Come si sa, dopo questo periodo di fulgore degli atti (di commercio), è venuto un periodo in cui si è pensato invece che l'attività di produzione fosse ben più importante di quella di commercio in senso stretto<sup>29</sup>, e alla luce di ciò è alla fine sembrato che il legislatore del '42, con lo spostamento (anche nel nome) dal commerciante all'imprenditore, fosse (consapevolmente o non) all'avanguardia della modernità<sup>30</sup>.

Quello che succede però con l'affermarsi del neoliberalismo e dell'analisi economica del diritto è che l'atto di scambio (magari col nome - nuovo in questo contesto- di transazione) diventa (torna ad essere?) l'atto la cui importanza domina in maniera assoluta su quella di qualunque altro<sup>31</sup>. E ciò per due ragioni.

La prima è che lo scambio viene concepito come il mezzo di interazione principale che gli individui possono usare, e di fatto usano, per coordinare al meglio i loro reciproci comportamenti. In fondo il famoso "teorema" di Coase<sup>32</sup> ci dice che persino uno dei più giganteschi problemi dei nostri tempi (quello delle esternalità e dell'inquinamento) potrebbe essere efficientemente risolto da una serie di accordi di scambio, se non fosse per l'occasionale e inopinata esistenza dello spiacevole fenomeno rappresentato dai c.d. costi di transazione.

Ciò ha uno specifico riflesso sul modo attuale di concepire quell'attività produttiva la cui importanza convinse (nell'ipotesi che stiamo seguendo) il legislatore del '42 a rivoluzionare il sistema degli atti di commercio e l'intero diritto commerciale (e non solo). Come ho già accennato, nelle concezioni neoliberali dell'impresa il punto centrale non è l'attività (produttiva o non che sia) in sé, e tanto meno l'attività a scapito dei soggetti. Il punto centrale è, al contrario, il coordinamento tra gli individui partecipanti all'impresa. La considerazione fondamentale è che se questi (gli individui partecipanti) non riescono a coordinare efficacemente i loro sforzi, niente attività (almeno, niente attività collettiva che sia più produttiva della somma delle attività individuali) e perciò niente impresa. E qual' è il modo più semplice e spontaneo con cui soggetti liberi e indipendenti possono coordinare i loro comportamenti? Ovviamente, lo scambio. La stessa autorità dell'imprenditore è per lo più concepita come nascente dallo scambio: un atto di scambio (il contratto di lavoro) gliela riconosce un atto (negativo) di scambio (le dimissioni del lavoratore) gliela può togliere.

La seconda ragione della acquisita (rinnovata?) centralità dello scambio è che lo scambio è attualmente concepito come un fatto esso stesso produttivo di valore, forse l'atto produttivo per eccellenza, che provoca con assoluta sicurezza almeno un aumento del benessere di uno

---

<sup>29</sup> Cfr. F. GALGANO, (n.1), 191.

<sup>30</sup> Apparentemente anche sotto il profilo etico, avendo sostituito, come ci ricorda ancora di recente G. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, Riv. soc. 2008, p. 3, la figura del commerciante speculatore con quella dell'imprenditore produttore di ricchezza. V. anche F. GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, 13° ed., Zanichelli, Bologna, 2013, 23.

<sup>31</sup> Lo nota anche F. GALGANO (n.1) enfatizzando peraltro tutt' altri aspetti rispetto a quelli qui sottolineati nel testo.

Sottolinea, in prospettiva fortemente critica, che i recenti sviluppi basati sul pensiero di Coase hanno finito per porre "... il contratto come unico istituto di sviluppo del capitalismo..." G.ROSSI, *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in Riv. soc., 2013, 749.

<sup>32</sup> R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in 3 *Journal of Law and Economics*, 1960, 1.

dei contraenti<sup>33</sup> (e perciò del benessere complessivo) e con ottima probabilità un aumento del benessere di entrambi i contraenti (e di quello complessivo ancora di più). Neppure la produzione può tanto, perché in un sistema capitalistico le merci realizzano il loro valore quando sono vendute, non quando sono prodotte, e perciò l'atto di produzione in sé, prima cioè della "convalidazione" da parte del mercato e dello scambio, non garantisce che sia stato effettivamente prodotto un reale valore.

Nella prospettiva aperta da questa visione, tutti noi (non solo quelli di noi che svolgono attività produttive) diventiamo dei massimizzatori del nostro benessere individuale e di riflesso di quello collettivo. Ne deriva, e qui Foucault<sup>34</sup> ha ragione da vendere, che tutti diventiamo degli imprenditori di noi stessi, nel senso che tutti dobbiamo cercare di massimizzare l'utilità che possiamo ricavare dagli scambi che gli altri sono disposti a porre in essere con noi.

#### *6. Il diritto commerciale e la disciplina (neoliberale) del contratto: i contratti con i consumatori.*

Questi due semplici fattori (centralità assoluta dello scambio come mezzo principale di interazione tra gli individui - concezione dello scambio come strumento principe di accrescimento del benessere)<sup>35</sup> hanno avuto, anche sul piano giuridico, una enorme quantità di effetti (che, ovviamente, non posso qui illustrare compiutamente).

Uno dei principali è stata la fragorosa rinascita dell'istituto giuridico contratto, ed è proprio sull'istituto del contratto che vorrei concentrare ora l'attenzione.

Che altre parti del diritto privato, come il diritto delle società per azioni, o dei brevetti per invenzione, o del fallimento, o della concorrenza, ecc., rispondano ad esigenze, e siano retti anche da principi loro specifici e che non possano essere studiate, o insegnate, senza l'acquisizione di conoscenze specialistiche che non fanno normalmente parte del bagaglio culturale del civilista, mi sembra assolutamente fuori discussione<sup>36</sup>. Il settore contrattuale,

---

<sup>33</sup> Un atto di scambio che non provocasse l'aumento del benessere di almeno uno dei due contraenti non verrebbe ovviamente concluso.

<sup>34</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad .it., Milano, Feltrinelli, 2005.

<sup>35</sup> In questa prospettiva di centralità delle transazioni e della logica dello scambio che alla loro realizzazione presiede, e, ovviamente, degli istituti giuridici (contratto in testa) che le governano, quali sensate distinzioni introduce la contrapposizione tra soggetti che compiono atti e soggetti che svolgono attività? Partendo da un livello pratico molto banale, che senso ha contrapporre il droghiere sotto casa che svolge attività, all'impiegato del primo piano che compie solo atti, e mettere perciò il primo nella stessa categoria degli imprenditori insieme ad Auchan o, addirittura, a Siemens e il secondo in un'altra categoria, insieme a Bill Gates o a un qualche altro "privato autore di atti" di questo tipo? Che senso ha oggi una scelta, concettualmente devastante, come quella compiuta dal legislatore del '42, di mettere nello stesso mazzo degli imprenditori il facchino con la cinghia, il pastore di qualche dozzina di pecore, Fed Express, Del Monte e Monsanto?

<sup>36</sup> Con riferimento a questi ambiti il problema è piuttosto un altro ed è quello se esista un qualche elemento in grado di unificare questa gran quantità di specialismi in un'unica branca del diritto - quello commerciale appunto - o se siamo invece in presenza, come in maggioranza mi sembra oggi pensare la dottrina internazionale, di sistemi in qualche modo chiusi, ognuno ripiegato intorno all'interesse che ciascuno di essi assume come oggetto esclusivo di protezione: la valorizzazione degli investimenti nella spa, il progresso tecnico nei brevetti, il credito nel fallimento, ecc.

invece, mi sembra quello in cui la competizione tra prospettive civilistica e commercialistica è in grado di raggiungere i più alti livelli di intensità .

Considerato (sulla base di argomenti certamente non improvvisati) defunto o moribondo alla metà degli anni settanta<sup>37</sup> del secolo scorso, il contratto potrà pur soffrire oggi di una certa crisi di identità (quale istituto giuridico oggi non ne soffre?) ma nessuno può dubitare, credo, della sua vitalità e degli enormi arricchimenti che sono stati apportati alla materia contrattuale dallo studio delle peculiarità delle transazioni che i contratti sono chiamati a governare, dalla conseguente classificazione di diverse categorie di contratti (classici, neoclassici, relazionali, ecc.), dagli sviluppi concettuali in tema di buona fede, divieto di abuso, *unconscionability*, ecc., e, infine e soprattutto, dagli sviluppi legislativi che hanno articolato diversificate discipline per diverse categorie di contratti a seconda delle caratteristiche dei soggetti che li stipulano e delle condizioni in cui (essi soggetti) si trovano ad operare.

Quest'ultimo aspetto è ai nostri fini particolarmente rilevante.

Non c'è dubbio che l'evoluzione legislativa ha attribuito una peculiare centralità giuridica alla categoria dei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, categoria che è oggi oggetto di una articolata disciplina speciale la cui interpretazione è diventata peraltro anche il principale laboratorio di elaborazione delle linee sistematiche della disciplina dei contratti in generale.

Quesito importante per le sorti del diritto commerciale diventa allora quello se i contratti stipulati tra professionisti e consumatori<sup>38</sup> presentino caratteristiche in qualche modo idonee a collegarli con i temi della "commercialità"<sup>39</sup>

In assenza di una preliminare esatta definizione di cosa è commerciale e cosa non lo è, la possibilità di dare al quesito una risposta univoca e convincente non si presenta agevole<sup>40</sup>. Credo tuttavia che una discreta quantità di buone ragioni può essere addotta in

---

<sup>37</sup> Alludo ovviamente al noto dibattito suscitato dalla pubblicazione del libro di G. GILMORE, *The Death of Contract*, The Ohio State University Press, 1974.

<sup>38</sup> O, talora (come nota G. ALPA, *Osservazioni sulla categoria dei contratti di impresa*, *I contratti*, 2004, 1059) tra professionisti e "clienti" non meglio specificati.

<sup>39</sup> V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, ESI, Napoli, 2006, 87, dopo una accurata analisi conclude nel senso che "... tra contratti d'impresa e contratti del consumatore non v'è alcuna identificazione", ma al contempo sottolinea che la disciplina dei contratti con i consumatori si applica, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti d'impresa (sul rapporto tra contratti d'impresa e contratti dei consumatori, v. anche M. SIEMS, (nt. 14), 277, e G. OPPO, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629).

P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, parte generale, 2° ed, Cedam, 2009, 39 s., descrive il fenomeno della estensione della disciplina anche ai professionisti, come una applicazione delle regole ( sulla concorrenza e sulla contrattazione) anche quando " la produzione non soddisfa i requisiti coessenziali all'impresa del codice civile". La materia dei contratti tra imprese e consumatori è talora ricompresa nei manuali di diritto commerciale, v. ad es. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, I, Bologna, Zanichelli, 2013, 6° ed., 95 ss.; F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2001, 373;

<sup>40</sup> Le indicazioni ricavabili dall'esame comparatistico non sono univoche. L'*Uniform Commercial Code* statunitense, per esempio, contempla anche i contratti con i consumatori, ma da una parte fa salve le norme speciali che assicurano a questi ultimi una tutela maggiore e, dall'altra, contiene significative norme la cui applicazione è limitata ai contratti tra mercanti.

favore della tesi per cui nel nostro ordinamento (ovviamente, quale modellato dalla nostra appartenenza all'Unione) i contratti con i consumatori non possono essere considerati parte di un autonomo diritto che possa essere definito (usando i pur vaghi criteri tradizionali) come commerciale<sup>41</sup>.

La prima notazione che si può fare al riguardo è che gli imprenditori qui (nei contratti dei consumatori) non figurano più come elementi autonomi, ma come semplici componenti della categoria più vasta dei professionisti<sup>42</sup>. Il dato appare decisamente significativo se si considera che l'evoluzione non si è concretizzata in una semplice dilatazione empirica di una categoria concettuale rimasta sostanzialmente intatta. Al contrario, ciò che è cambiato è proprio il paradigma che governa la costruzione delle categorie.

Il profilo rilevante viene infatti costruito con riferimento non più a qualità generali del soggetto ("matricola", professionalità, organizzazione, scopo di lucro, ecc.), ma con riferimento al modo in cui si presenta sul mercato. I fattori rilevanti diventano quelli dell'autonomia e della competenza (quest'ultima presunta in capo a chi si occupa abitualmente di determinati affari ma che, come realisticamente riconosce l'U.C.C., ben può essere in realtà riconosciuta anche in capo a chi abbia a ricorrere al semplice espediente di impiegare un esperto<sup>43</sup>).

A ciò si aggiunga che il rapporto consumatore – professionista non è (almeno in superficie) impostato sulle esigenze dell'attività (del professionista) ma su quelle del soggetto (il consumatore) che compie gli atti diretti al consumo<sup>44</sup>. Il dibattito sull'interpretazione, l'applicazione e la stessa opportunità delle norme, è incentrato non sulle modalità di svolgimento delle attività imprenditoriali o professionali, ma sulla nozione di consumatore e sulle sue specifiche esigenze di protezione, esigenze che, ovviamente, sono destinate ad essere diversamente costruite, secondo che si immagini un soggetto consumatore più o meno capace di attenzione, di autocontrollo, di riflessione, ecc.

---

Altre notizie sulle varie scelte compiute in altri ordinamenti in M.J. BONELL, *Do We Need a Global Commercial Code?*, in 106 *Dickinson Law Review* (2001), 87-100.

<sup>41</sup> Non mi sembra sufficiente a motivare l'opposta conclusione " la rivalutazione dello *status* delle parti come elemento essenziale dei contratti d'impresa o, se si vuole, di quei contratti per i quali è necessario assicurare la professionalità e la serietà della parte forte in funzione della protezione della parte debole", cfr. V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, *Giur.comm.*, 2008, I, 3, par.8.

<sup>42</sup> Si potrebbe a tutta prima pensare che l'evoluzione legislativa si è limitata a dare una mano alla dottrina, visto che quest'ultima non era mai riuscita a venire a capo del problema di trovare un valido criterio di distinzione tra la categoria degli imprenditori (come uscita dalla codificazione del '42) e quella dei professionisti intellettuali. Per aspetti che diventano sempre più importanti una radicale distinzione non è oggi più necessaria.

<sup>43</sup> "...merchant status results when a person holds himself out by occupation as having knowledge of a business practice or of goods".... "merchants by occupation hold themselves out as having knowledge of a business practice or of goods or, if such persons do not represent by occupation that they have such knowledge, they employ those who do". M.HUGGINS, *The U.C.C. Merchant Sections: Reasonable Commercial Standards of Fair Dealing in the Trades*, in 14 *Tulsa L. Rev.*, 1978, 191 e 194 n. 26.

<sup>44</sup> Il punto è vigorosamente sottolineato da M. MAUGERI, (nt. 14); v. anche G.CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 849, 860 con particolare enfattizzazione della finalità di protezione della parte debole.

In questo sistema la figura del professionista- imprenditore, pur necessariamente presente su uno dei lati del contratto, non svolge il ruolo della variabile positivamente qualificante, quella, cioè, sulle cui esigenze si modella la disciplina. La presenza del professionista - imprenditore svolge il semplice ruolo di fattore che, con la sua valenza positiva o negativa (c'è, o non c'è, un professionista ad uno dei due lati del contratto), porta il singolo contratto dentro o fuori dall'ambito di applicazione della disciplina, ma non quello di variabile i cui diversi valori possono incidere sulla interpretazione e applicazione delle relative regole<sup>45</sup>.

In questa prospettiva, il rivendicare al diritto commerciale il diritto dei contratti tra professionisti e consumatori sarebbe quasi come rivendicare al suo dominio il diritto del lavoro, adducendo che anche qui, almeno in tutti i casi più importanti, una delle parti del contratto è un imprenditore o un professionista<sup>46</sup>.

#### 7. *Segue: i contratti tra mercanti.*

Torniamo allora finalmente a quello che è (forse) il terreno di coltura delle profonde radici del diritto commerciale, e cioè ai contratti *tra* mercanti, la cui disciplina diventa l'unica in ambito contrattuale in grado di candidarsi al ruolo di categoria propriamente e genuinamente commercialistica. La domanda che dobbiamo porci è la seguente: troviamo l'essenza del diritto commerciale almeno qui, e cioè nella disciplina dei contratti tra mercanti? In una disciplina che si caratterizza, recuperando la caratteristica forse fondamentale dell'antica *Lex mercatoria*<sup>47</sup>, per il fatto di essere prodotta dai mercanti stessi (nell'esercizio della loro autonomia contrattuale) o, per loro conto, dai mitici professionisti internazionali (gli attuali "signori del diritto"<sup>48</sup>) oppure modellata, in base alle loro (dei mercanti) esigenze, da altrettanto mitiche organizzazioni sovranazionali?

Il quesito ci conduce nuovamente vicino ai temi della *Lex mercatoria*, temi la cui complessità abbiamo già sottolineato e su cui non vorrei tornare se non per l'aspetto relativo all'esistenza di un paradigma di riferimento in grado di qualificarne i contenuti. E qui ci confrontiamo finalmente con una domanda importante e precisa e cioè: la disciplina dei contratti tra

---

<sup>45</sup> La tesi (G.OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.* 2004, I, 841; nello stesso senso V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur.comm.*, 2007, I 379, par. 5.1) che valorizza la presenza dell'imprenditore-professionista sostenendo che solo al contratto d'impresa può essere imposto il rispetto di certi valori costituzionali offre una spiegazione della rilevanza della presenza del professionista, ma non incide sul fatto che il baricentro della disciplina e della sua interpretazione è la figura del consumatore (la tesi suscita tra l'altro un imbarazzante interrogativo: ci si può chiedere infatti come possa il riferimento ai nostri valori costituzionali valere anche per l'Unione Europea, che è in realtà l'ordinamento che ci ha imposto le modifiche legislative in questione, modifiche che l'invocazione della nostra Costituzione non era mai riuscita in passato ad ottenere).

<sup>46</sup> Analoga osservazione in M. CIAN, (nt. 33), 859. Sulle velleità inglobanti del diritto commerciale nei confronti del diritto del lavoro, v anche M. LIBERTINI, (nt. 6), a proposito del pensiero di Mossa.

<sup>47</sup> A. PADOA-SCHIOPPA, (nt. 8).

<sup>48</sup> Alludo ovviamente ai grandi studi legali di origine in genere anglosassone, ma oramai transnazionali, accreditati da alcuni della capacità di redigere e imporre la diffusa adozione di modelli contrattuali autosufficienti, in grado di affrancarsi dall'influenza degli ordinamenti statuali.

mercanti (tra professionisti) è (e/o deve essere) retta da principi diversi da quelli che reggono i contratti tra professionisti e consumatori e tra non professionisti?

La risposta alla domanda non si presenta come agevole e lineare. Come si sa, la c.d. *Law Merchant* o *Lex mercatoria* viene identificata molto più facilmente sulla base di caratteristiche estrinseche (la fonte, l'ambito e le modalità di applicazione, ecc.) che non in base ai contenuti, e cioè in base ad una caratterizzazione dei principi espressi nelle regole che la compongono. Sottolineo il riferimento ai principi, perché qui il problema non è quello della presenza o assenza di regole generali applicabili a tutti i contratti, o quello della quantità di norme speciali applicabili solo ai contratti con i consumatori, o, viceversa, ai soli contratti tra professionisti. Una generica esigenza di diversificare le discipline in rapporto alle diverse esigenze e ai diversi contesti è riconosciuta da tempo, e si esprime nella più o meno minuziosa regolamentazione di tanti tipi contrattuali nuovi e diversi, nella differenziazione della disciplina applicabile a contratti appartenenti tutti allo stesso tipo, nella speciale disciplina prevista per contratti stipulati nell'ambito di specifici settori economici, ecc.<sup>49</sup>

Il tema non è però qui quello generico di una qualsivoglia differenziazione, che può essere talvolta suggerita, e talvolta sconsigliata, in base a scelte di opportunità pratica e politica. Il tema è se esista una linea di differenziazione che possa essere ricollegata ad una scelta generale, guidata da una logica costante, in grado di coagulare due contrapposti sistemi di norme ispirati a due sistemi di principi diversi<sup>50</sup>. Insomma la domanda è: sono identificabili dei principi atti a governare le interazioni tra mercanti e non adatti invece a governare quelle in cui una o entrambe le parti mercanti non sono? Questi principi hanno costituito in passato e/o costituiscono oggi il nucleo fondante di uno specifico diritto oggettivo battezzabile come "*Lex mercatoria*" ?

Ovviamente, il quesito, in quanto chiama in causa la *Lex mercatoria*, finisce per riferirsi ad un periodo di tempo piuttosto lungo in cui non è detto che le cose siano andate sempre allo stesso modo e che i pretesi concetti e principi siano stati chiamati sempre con lo stesso nome. Prescindendo allora dall'analisi delle affermazioni (che qui sarebbe molto difficile disambiguare) dei giuristi dei vari periodi rilevanti<sup>51</sup> e limitandosi perciò alle sintesi compiute

---

<sup>49</sup> Con riguardo ad es. la tema specifico della differenziazione tra contratti c. d. b2b e b2c, v. un esame degli orientamenti dell'Unione, aggiornato al 2009, M. HESSELINK, *Towards a sharp distinction between B2B and B2C? - On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive*, scaricabile a <http://ssrn.com/abstract=1416126>.

<sup>50</sup> Come sarebbe per esempio se (evocando in maniera semplificata una contrapposizione che storicamente ha probabilmente avuto una qualche realizzazione) per alcuni contratti valesse il principio per cui nessuna obbligazione può sorgere se non assolutamente voluta e per altri valesse invece il principio per cui l'obbligazione sorge ogniqualvolta sia stata creata in qualsiasi modo una ragionevole aspettativa (per la tesi che la protezione delle ragionevoli aspettative sia, oggi, lo scopo principale di tutta la disciplina contrattuale, v. J. FEINMANN, *Good Faith and Reasonable Expectations*, in 67 *Arkansas Law Rev.*, 2014, 525, che evoca tra l'altro (nota 50) l'autorità di A. CORBIN, *Corbin on Contracts*, par. 1.1 dell'edizione in un volume del 1952.

<sup>51</sup> Ecco un esempio che illustra il livello di difficoltà e di incertezza dell'indagine e che riguarda proprio un principio (quello di buona fede) che sembra naturale candidato a proporsi come uno degli elementi portanti del sistema. Mentre nel diciottesimo secolo un giudice inglese può definire la *Lex mercatoria* "as a system of equity founded on rules of equity and governed by plain justice and good faith" (ricordato in W. MITCHELL, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge University Press 1904,16) una autorevole fonte (H. THOEL,

dagli storici, o ci si deve accontentare di stucchevoli richiami a banali esigenze di speditezza dei commerci e di correttezza dei traffici<sup>52</sup> o ci si deve sorbire lunghi elenchi di principi che brillano sia per la loro genericità sia per la loro contraddittorietà<sup>53</sup>.

Nel complesso la storia non mi sembra fornire una chiara indicazione nel senso di una precisa qualità che abbia costantemente caratterizzato la disciplina dei contratti tra mercanti. Venendo allora ai tempi nostri, vorrei prendere qui in considerazione un recente tentativo<sup>54</sup> di operare una cesura tra i contratti dei mercanti e tutti gli altri contratti, e di isolare perciò i

---

Das *Handelsrecht*, Leipzig 1875, 12, n. 2) del secolo successivo, e di un altro ordinamento, ci informa con riferimento a “guten Glauben, Treu und Glauben, bona fides, bonne foi, ...” che “in diesen vieldeutigen Worten ist ein Rechtssatz, den man irgend anwenden koennte, also auch ein Prinzip, nicht enthalten” mentre un altrettanto autorevole scrittore (W. ENDEMAN, *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1865, 438) ci segnala che è la valorizzazione della reale intenzione delle parti (che qualifica come fonte ultima e più alta norma di tutti i diritti contrattuali) l'elemento che propriamente incarna il concetto che usualmente viene indicato con il nome di “Treu und Glauben des Verkehrs”. Perciò, in questa prospettiva, il riferimento alla buona fede, tutto sommato, non aggiunge o toglie nulla ad una generale concezione del contratto come strumento di realizzazione della volontà delle parti e non qualifica nessun particolare settore del diritto.

<sup>52</sup> Nel 1923, ricorda S. GIALDRONI, *Il law merchant nella storiografia giuridica del Novecento: una rassegna bibliografica*, in *Forum historiae juris*, 2008, a <http://www.forhistiur.de/zitat/0808gialdroni.htm>, “Wyndham Anstis Bewes cominciava il secondo capitolo del suo “romanzo del *law merchant*” .... individuando gli elementi distintivi del *law merchant* nella buona fede e nella rapidità, riferendosi, presumibilmente, alla procedura dei tribunali dei mercanti. Queste due peculiarità sono quelle tradizionalmente accettate dalla dottrina”. In senso analogo un altro classico: H. BERMAN, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, 231 ss.

<sup>53</sup> Prelevo dall'elenco compilato da R. GOODE, (nt. 11), 148 : “party autonomy, good faith, encouragement of self-help, facilitation of security interests, protection of vested rights and the protection of innocent third parties”. Di elenchi simili se ne può trovare un gran numero (e forse una storia ragionata di questi elenchi potrebbe essere molto più interessante della polemica storica sull'esistenza della *Law Merchant*). Tra gli elenchi “moderni” consiglio vivamente la lettura di quello compilato da V. FERRARI, *Quesiti sociologici sulla lex mercatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 7, 11, che argutamente accompagna l'enunciazione di ciascuno dei principi presentati come caratteristici della *Lex mercatoria* con la citazione latina del principio stesso a significarne plasticamente la potenziale derivazione dal diritto romano e la ben scarsa originalità complessiva.

Inutile sottolineare, poi, che tutti questi principi possono entrare nei casi concreti in aspro conflitto tra loro. Alcuni di essi si presentano peraltro come contraddittori anche in generale. Ad es., si può facilmente notare come il formalismo funzionale al rispetto della volontà e alla prevedibilità non sembra facilmente conciliabile con lo scopo di dare effetto “...to the reasonable expectatons of Honest people ...” secondo la formulazione di Lord STEYN, *Contract law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, in 113 *LQR* 1997, 433.

<sup>54</sup> Mi riferirò qui principalmente all'elaborazione di A. SCHWARTZ, R.SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in 113 *Yale Law Journal*, 541 (2003). V. anche N. OMAN, *Unity and Pluralism in Contract Law*, in 103 *Mich. L. Rev.* 1483 (2005). Sulla tendenza della giurisprudenza ad assegnare particolare rilievo al livello di sofisticazione delle parti (non necessariamente coincidente, però, con il loro stato professionale) v. M. MILLER, *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*, in 75 *Missouri L. Rev.*, 493 (2010); sulle tendenze c.d. neoformaliste v. J. MURRAY jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, in 71 *Fordham L. Rev.* 869,891 (2002).

contratti stipulati tra “*sophisticated commercial parties*” quali destinatari di una specifica disciplina ispirata da principi, di stretta efficienza, non applicabili ad altre fattispecie<sup>55</sup>.

Il presupposto che sorregge tutta l’operazione, e, in particolare, la specifica collocazione dei contratti tra mercanti nella classe di quelli la cui disciplina è ispirata esclusivamente da esigenze di efficienza, è ovviamente la convinzione che la massimizzazione del benessere congiunto dei contraenti sia tra i mercanti obiettivo assolutamente prioritario e pienamente condiviso. Un obiettivo che i mercanti sono in grado di perseguire e destinato a prevalere su ogni altro valore, autonomia del soggetto compresa.

Quanto ai profili regolamentari implicati da questa impostazione, essi vengono precisati nel senso di una forte valorizzazione della volontà espressamente dichiarata dalle parti. Ogni altro fattore viene relegato ad un ruolo totalmente subordinato a meno che non sia la stessa volontà delle parti a disporre l’applicazione di una disciplina integrativa o diversa.

Prendiamo per buona questa contrapposizione tra due principi, e cioè quello del rispetto integrale della volontà formalmente dichiarata dalle parti in contrapposizione a quello della limitazione o integrazione di tale volontà in nome di esigenze poste dal contesto (che possono essere esigenze di giustizia, ovviamente, ma anche esigenze di conformità a norme sociali, o di rispetto dell’affidamento basato su prassi standardizzate, ecc.).

Siamo proprio sicuri che il diritto contrattuale dei mercanti vada (debba andare) nella prima e non nella seconda direzione? Per un certo verso si potrebbe pensare di sì: in fondo, due esperti mercanti rappresentano quasi il prototipo, se ne esiste uno, di due parti contrattuali di cui ben si può presumere che siano perfettamente in grado di autogovernare i loro rapporti senza necessità di nessun aiuto imposto dall’esterno. Per altro verso è però proprio nei rapporti tra mercanti che forti esigenze di contesto (sintetizzabili nella possibilità di realizzare le migliori transazioni con la maggiore speditezza e con i minori ostacoli possibili) possono richiedere che i costi di controllo di idiosincratice volontà, di volta in volta rimodellantesi in relazione a specifici affari, siano mitigati dall’intervento di clausole con funzioni di copertura e stabilizzazione, come il riferimento al costume dei mercanti, alla fiducia, agli usi mercantili o, in definitiva, alla buona fede<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> A fronte della quantità di divergenti teorie su quale sia il fondamento della disciplina del contratto (il rispetto delle promesse, il rispetto degli accordi, la valorizzazione dell’autonomia, la promozione dell’efficienza, ecc.) si possono accettare impostazioni per così dire pluralistiche in cui le varie prospettive coesistono con prevalenza per certi profili (disciplinari) dell’una e per certi altri dell’altra. In alternativa può tentare di dirimere il conflitto tra le diverse teorie, il che può avvenire in modo verticale (e cioè formando una gerarchia in base alla quale una prospettiva prevale sulle altre senza però escluderle del tutto, v. ad es. J.KRAUS, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, in 11 *Philosophical Issues* 2001, 420) o in modo orizzontale e cioè assegnando a ciascuna prospettiva un proprio esclusivo ambito di applicazione (v. in argomento tra i tanti N. OMAN, *Corporations and Autonomy Theories of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria*, <http://ssrn.com/abstract=681728> (2005) La tesi di cui si dà conto nel testo va appunto in quest’ultima direzione. La possibilità di distinguere due diverse fattispecie (contratti tra mercanti, altri contratti) da assoggettare a diverse discipline, soddisferebbe anche l’esigenza di dare una coerente sistemazione al conflitto tra le diverse prospettive ricostruttive della disciplina dei contratti e, in particolare, al conflitto tra quella che vede nel contratto lo strumento per la massima valorizzazione dell’autonomia dei soggetti e quella che lo concepisce come strumento per realizzare una efficiente allocazione delle risorse.

<sup>56</sup> La contrapposizione tra le due prospettive delineate nel testo non è solo teorica. L’alternativa è invece ben

Questo è a mio avviso l'ennesimo punto di emersione della centralità del mercato. Il fatto che si prospettino qui due alternative contraddittorie (rispetto dell'autogoverno pienamente consapevole v. esigenze di standardizzazione e di copertura di rischi anomali) non ha nulla a che vedere con la natura dell'attività e non trova nessuna spiegazione nelle presunte esigenze dell'impresa.

Ha invece molto a che vedere con aspetti di complessità del mercato cui ho già altre volte accennato e che riassumo qui molto brevemente. Il fatto è che sul mercato coesistono tipi diversi di comportamenti, di soggetti e, quindi, per quanto qui ci interessa, di modalità di realizzazione di transazioni. Un importante criterio di classificazione di queste differenze è colto dalla contrapposizione tra due opposti tipi di contesti. Da una parte, i contesti (chiamiamoli strategici) in cui vediamo all'opera soggetti che hanno la possibilità di scegliere tra diverse linee di azione e che contrattano strategicamente con altri soggetti che a loro volta adattano le loro scelte alle mosse della controparte. Contesti che assomigliano perciò a quelli studiati soprattutto dalla teoria dei giochi.

Dall'altra parte abbiamo contesti (chiamiamoli parametrici) in cui l'agente assume i comportamenti degli altri soggetti come dati e li considera, al fine dell'elaborazione delle proprie strategie, come dei parametri non modificabili. Contesti che assomigliano perciò a quelli studiati dai teorici dei mercati concorrenziali perfetti (o quasi) dove l'agente non ha la

---

presente nel concretissimo dibattito relativo ad uno dei più importanti corpi normativi in materia, e cioè l'*Uniform Commercial Code* statunitense di cui è nota l'ampia apertura all'applicazione inderogabile di clausole generali e al recepimento delle pratiche commerciali (come notava E. A. FANWORTH, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, in 30 *U. Chi. L. Rev.*, 667 (1963), "there is an express mention of 'good faith' in some fifty out of the four hundred sections of the Code". Questa impostazione del codice fu, come è noto, voluta fortemente da Karl Llewellyn, generalmente considerato il padre nobile del codice stesso, proprio per adeguare la disciplina del contratto alla sua realtà commerciale (Karl Llewellyn affermò durante le udienze della New York Law Revision Commission del 1954 che "...good faith has been a part of mercantile obligation since American law began" cit. da S. BURTON, *Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: The Practice View*, in 35 *William & Mary L. Rev.*, 1994, 1533. Sulla base di questa disciplina anche i rapporti tra mercanti (e non solo quelli con i consumatori) sono soggetti ad una disciplina che ha condotto un commentatore dei primi anni settanta del secolo scorso a notare "the day has passed when courts will close their eyes to the facts involved and enforce a contract or transaction because it was purportedly entered into between seemingly knowledgeable and experienced businessmen who considered themselves to be in an equal bargaining situation when they entered into the transaction or agreement (R. EISENBERG, *Good Faith under the Uniform Commercial Code- A New Look at an Old Problem*, in 54 *Marquette L. Rev.*, 2 (1971). Siamo qui quindi in una prospettiva in cui il formalismo contrattuale (formalismo nel senso di rispetto pedissequo della lettera delle volontà manifestate, v. anche *infra*, nota 58) è ripudiato anche nei rapporti tra mercanti e proprio sulla base di considerazioni che fanno riferimento alle prassi e agli abituali comportamenti dei mercanti stessi (in sostanza i vincoli sembrano essere giustificati da un qualche interesse dei mercanti stessi, quale rilevato, però, non dalle dichiarazioni loro o dei teorici che si occupano della materia, ma dalle loro preferenze rivelate, per così dire sul campo).

Questa impostazione è però oggetto di critiche. Oltre alla tesi ora riassunta nel testo e a John E. Murray, *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 *Fordham L. Rev.* 869, 870, 891-907 (2002) v. con specifico riferimento alla disciplina dell'*U.C.C.*, L. BERNSTEIN, *Usage in the Courts: The Flawed Evidentiary Basis of Article 2's Incorporation Strategy* (Oct. 11, 2011), scaricabile [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1882596](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1882596), e, per altre informazioni sulla c.d. "incorporation strategy", C.D RAHOZAL, *Usages and Implied Terms in the United States*, scaricabile a <http://ssrn.com/abstract=2140933>.

possibilità di contrattare e di convincere le controparti a modificare le loro offerte, ma può solo decidere cosa e quanto comprerà, o venderà, al prezzo dato (al prezzo “gridato” da un banditore, come nella famosissima costruzione di Walras<sup>57</sup>).

E’ del tutto ovvio come nella realtà concreta queste due tipologie abbiano frequente occasione di intrecciarsi, dando così vita a complesse contrattazioni in cui variamente si combinano sia aspetti di tipo parametrico, che aspetti di tipo strategico.

A questa variabile (strategico - parametrico) ne va aggiunta un’altra, negli ultimi tempi molto studiata, rappresentata dal livello di incompletezza cui il contratto è comunque destinato. Anche qui la variabile non ha molto a che fare con la contrapposizione atti-attività. Il fattore principale ed ineliminabile di incompletezza è infatti rappresentato dalla impossibilità di prevedere e disciplinare tutti i fenomeni naturali e di mercato che potranno incidere sulla esecuzione del contratto. Il livello di incompletezza dipende in sostanza dalla capacità di previsione e controllo del futuro che le parti sono di volta in volta (nei diversi contesti) in grado di mettere in campo.

Ovviamente non è questo il luogo per esplorare tutte le possibili connessioni tra i fenomeni indicati e i problemi di disciplina dei contratti. Mi limiterò perciò a rilevare che nella complessa prospettiva che emerge dalla considerazione delle due variabili (parametrico/strategico e controllabile/incontrollabile) indicate (e delle loro possibili combinazioni) la convivenza di regole ispirate a principi opposti non è manifestazione di incapacità del legislatore di scegliere coerentemente una delle tante teorie che la dottrina gli propone, e non è neanche il frutto di un compromesso più o meno soddisfacente tra diverse visioni pratiche e morali. Si tratta invece della conseguenza necessitata di contraddizioni che originano non (solo) da divergenze di opinioni, ma dalla realtà. Formalismo<sup>58</sup> e literalità nell’interpretazione, premiano gli sforzi dei partecipanti ad una contrattazione di tipo strategico, ma in contesti scarsamente controllabili espongono ciascuna parte ai rischi incalcolabili derivanti da tutti gli imprevisti a lei sfavorevoli che non è stata in grado di prevedere e che non possono essere mitigati dall’intervento integrativo o sostitutivo (della volontà dichiarata) di clausole generali equilibratrici<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Nella teoria della decisione si intende per strategica la decisione che il decisore assume quando deve tenere conto della sua interazione con le decisioni di altri che non siano assunte come note al decisore stesso (cfr. H. GINTIS, *The Bounds of Reason*, Princeton, 2009). La decisione diventa parametrica quando l’agente può fare riferimento ad una serie di parametri (es., i prezzi di un mercato in equilibrio) che gli consentono di non assumere informazioni sulle decisioni altrui. In generale cfr. ad es. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods* a cura di F. Fischer, G.J. Miller e M. Sidney, CRC Press, 2007, p. 176.

La possibilità di ignorare o di considerare come date le scelte altrui – che trasforma la decisione da strategica in parametrica - può derivare anche da una varietà di altri fattori, ad es. da un accertamento dei comportamenti altrui rilevati mediante indagini statistiche.

<sup>58</sup> Intendo qui per formalismo “a theory of contract law that, above all else, elevates the content of the parties’ written contract (its form) over any concerns for normative values or societal notions of fairness. It is an acontextual and rules-driven approach dedicated to literalism (così R. MILLER, *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*, in 75 Mo. L. Rev. 2010, 493, 498).

<sup>59</sup> A volte considerazioni del tipo di quelle svolte nel testo vengono rubricate sotto la voce “collision and friction” tra “predictability and flexibility”. V. ad es. B. HUSSAIN, *Interpretation of Contracts in Commercial Law*:

Viceversa, la rilevanza di usi e prassi può bensì limitare il ruolo della Volontà, ma può al contempo preservare dalle amare sorprese che in contesti di abituale agire parametrico possono derivare dal trovarsi improvvisamente di fronte una controparte che sta tentando di trasformare la contrattazione in un gioco di tipo strategico. E così via.

In questa prospettiva le caratteristiche della disciplina dei contratti non si spiegano né contrapponendo tendenze egoistiche a tendenze altruistiche<sup>60</sup> né contrapponendo la prospettiva individualista e statica dei proprietari terrieri a quella collettivista e dinamica dei mercanti, disposti ad accettare regole che, tutelando l'affidamento dei consumatori, ben possono finire per sacrificare l'interesse momentaneo di uno di loro in nome dell'interesse duraturo della classe. La spiegazione va cercata invece nelle esigenze del mercato, nella loro evoluzione e nel modo cui esse sono di volta in volta valutate, percepite e gerarchicamente ordinate.

L'attuale espansione del mercato, di cui parlavo nel primo paragrafo, spiega il fatto che oggi l'intreccio e il bilanciamento tra valorizzazione della volontà dichiarata e valorizzazione della buona fede, tra difesa della certezza ed estensione del divieto di abuso, tra devianze idiosincratice e osservanza delle *best practices*, ecc., riguarda non solo i contratti tra mercanti, ma, sia pure in misure che possono essere da caso a caso notevolmente diverse, tutti i contratti. Possono cioè variare i *concreti* bilanciamenti ma sono diventati costanti i *termini* del bilanciamento. Non c'è più un settore del diritto contrattuale in cui uno specifico orientamento di *policy* (la protezione della volontà, quella dell'affidamento, quella della sacralità delle promesse, quella dei comportamenti indotti dagli usi, ecc.) sia in grado di imporsi gerarchicamente su tutti gli altri. Non esistono esigenze predefinite che devono essere assolutamente soddisfatte in certi ambiti e possono essere invece totalmente trascurate

---

*Competing Principles*, in 11 *Trinity Coll. L. Rev.* 58 (2008). Il riferimento alla prevedibilità è notoriamente un classico che trova le sue più nobili ascendenze nell'elaborazione di Max Weber.

Il colossale limite del ragionamento che ancora oggi identifica formalismo e prevedibilità è che la prevedibilità dell'esito giuridico non coincide e può invece aspramente confliggere con la prevedibilità dell'esito economico. Si pensi al famosissimo caso verificatosi alcuni anni orsono e diventato quasi paradigmatico, del contratto di acquisto *take or pay* di elettricità pagata in dollari a due fornitori americani da un'impresa indonesiana che la rivendeva sul mercato interno in rupie indonesiane. Qui è evidente che la certezza nell'interpretazione e applicazione del contratto si scontra con l'incertezza della realtà, incertezza che in quel caso assunse le sembianze di una terribile e imprevedibile crisi finanziaria che ebbe a comportare una enorme svalutazione della rupia. I principi affermati dagli arbitri internazionali che si occuparono del caso, e che limitarono, in applicazione della teoria dell'abuso del diritto, i danni risarcibili ad una minima frazione di quanto rivendicato in base alla lettera dei contratti dalle compagnie americane, diminuiscono ovviamente la "prevedibilità" del regolamento contrattuale, ma diminuiscono al contempo l'imprevedibilità dell'esito economico, evitando che un evento imprevisto possa trasformare un normale affare in un totale disastro. Cfr. *Himpurna Cal. Energy Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, 14 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* A-1, A-53 (Dec. 1999) e *Patuba Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, 14 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* B-1, B-44 (Dec. 1999) su cui v. diffusamente I. PETROVA, "Stepping on the Shoulders of a Drowning Man" the Doctrine of Abuse of Right as a Tool for reducing Damages for Lost profits: Troubling Lessons from the Patuba and Himpurna Arbitrations, in 35 *Geo. J. Int'l Law*, 455 (2003).

<sup>60</sup> Secondo la ormai classica trattazione che del problema fa D. KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976).

in altri. Il compito di legislatori ed interpreti è diventato quello di porre di volta in volta a confronto le diverse concezioni del funzionamento dello specifico aspetto del mercato in questione e di risolvere il conflitto tra le diverse costruzioni del soggetto e le diverse scelte di priorità che ciascuna concezione porta con sé. Alla fine si tratta spesso non di scelte di principio, ma di scelte politiche, in qualche misura discrezionali, anche se sempre vincolate a restare all'interno della cornice fissata dal necessario riferimento al mercato e a qualcuna delle sue possibili concezioni<sup>61</sup>.

Ciò succede anche con riguardo al fenomeno che negli ultimi decenni ha polarizzato l'attenzione del diritto contrattuale, e cioè la tendenza ad accordare particolare protezione a determinati soggetti (ai consumatori prima e, poi, sempre più spesso, anche ad imprese minori).

Non ho qui la possibilità di esplorare a fondo il tema. Vorrei solo sottolineare che quelle che a mio avviso sono le due principali spiegazioni della disciplina, la spiegazione, per così dire, efficientistica che fa capo all'analisi economica del diritto, e quella, più tradizionale che potremmo chiamare moralistica, fanno entrambe riferimento (ciascuna a suo modo) al mercato<sup>62</sup>. Quella *efficientistica* usa soprattutto la nozione di asimmetrie informative e, più in generale, la già ricordata categoria delle *market failures*, per giustificare interventi che vengono interpretati come volti ad avvicinare il funzionamento dei mercati reali ai livelli di efficienza caratteristici del mercato ideale.

Ad un mercato idealizzato fa peraltro riferimento anche la tesi *moralistica*, che collega la protezione delle parti "deboli" all'obiettivo di avvicinare gli scambi che si svolgono nel mercato reale a quelli tra soggetti liberi ed uguali che si immaginano caratteristici del modello di mercato non contaminato dall'infiltrazione di rapporti di potere<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Un esempio tra i tanti può essere quello della estensione anche ai professionisti (oltre che ai consumatori) della protezione dei soggetti che aderiscono ad un contratto *standard* (sul tema, con riferimento al DCFR, v. M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 253, 256, Ead., *Clausole abusive nei contratti tra imprese: dal modello delineato nei par. 305 ss. del BGB a quello della CESL*, *ibidem*, 2013, 109).

<sup>62</sup> Un interessante esame critico del confronto tra le due impostazioni (EAL e giustizia contrattuale) nell'evoluzione del diritto contrattuale europeo in D. CARUSO, *The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law*, Oct.9, 2012, a <http://ssrn.com/abstract=2135179>.

<sup>63</sup> V. ad es. V. BUONOCORE, (nt.45) e lo stesso F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, 669, 673, che parla di "...una economia di mercato, basata su uno scambio fra uguali, quale è lo scambio di mercato...".

Diffusa è l'idea che collega il contratto alla concorrenza e quest'ultima all'uguaglianza (v. ad es. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Galgano, Cedam, Padova, 2010, p. 45: "essendo il contratto equo l'indispensabile presupposto per un mercato efficiente o concorrenziale e viceversa, nel pieno rispetto delle ragioni della persona" o, più di recente, F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 236, "... il diritto europeo introduce congegni tecnici che mirano a "rimediare" ai condizionamenti, alle influenze e anche agli abusi della posizione privilegiata nel mercato, assicurando che la dinamica negoziale sia resa *in itinere*, o anche *a posteriori*, compatibile con l'operare del mercato in senso concorrenziale"). Si tratta di un'idea singolare o, almeno, gravemente lacunosa, posto che la creazione e lo sviluppo della disuguaglianza è invece una delle caratteristiche proprie del meccanismo concorrenziale (insiste di recente sul punto W. DAVIS, *The Limits of Neoliberalism*, SAGE, 2014, 35ss.).

Lasciando da parte tutti gli aspetti molto discutibili di ciascuna di queste due tesi, resta ai presenti fini significativo che l'inquadramento della disciplina viene comunque ricondotto a particolari concezioni delle modalità di funzionamento dei mercati. Con il che ribadisco la mia tesi: l'ideologia del mercato, e delle sue presunte o reali esigenze, è oggi il centro intorno a cui ruota tutta la disciplina, ed ogni teoria che prescindendo dalla relativa analisi, si condanna alla totale incomprendimento di tutto quello che sta succedendo.

8. *Conclusioni: ...Graecia capta ferum victorem cepit?*<sup>64</sup>

Provo per concludere a sintetizzare i punti principali di quello che a mio avviso non funziona nelle tesi che in vario modo contrappongono il diritto civile al diritto commerciale sulla base delle esigenze e peculiarità presenti nello svolgimento dell'attività di impresa e assenti là dove il soggetto compie atti, anche di rilevanza economica, ma non in forma imprenditoriale.

Se questa impostazione si spinge fino a caratterizzare la commercialità come prevalenza delle esigenze oggettive dell'attività sulle esigenze del soggetto, ne deriva una concezione del diritto commerciale che finisce per allontanarlo dalle più importanti innovazioni legislative degli ultimi decenni, innovazioni che, al contrario, tendono a rendere la costruzione del soggetto, con le sue qualità ufficialmente riconosciutegli come rilevanti, decisiva ai fini della interpretazione e della applicazione di tutte le più importanti discipline: basti pensare al già menzionato consumatore (in tutte le possibili sfaccettature della sua forza e della sua debolezza) al risparmiatore, ai diversi tipi di cliente dell'intermediario finanziario, all'impresa micro, a quella suscettibile di subire abusi, a quanto ho detto pocanzi a proposito della spa, ecc.

---

<sup>64</sup> La nota espressione oraziana è evocata da DELVINCOURT, in *Corso di Diritto Commerciale* a cura di N.M. Cefaratti, vol I, 2° ed., Napoli, 1828, 89, a proposito della recezione da parte dei Romani delle leggi Rodie e, più in generale, della cultura del commercio greca.

La frase, usata nel suo senso più astratto e metaforico, è invece altrove accostata (come anche qui) ai rapporti tra diritto civile e diritto commerciale. V. ad es., recentemente, Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale (istituita con D.M. del 13 aprile 1999), *Relazione generale provvisoria*, scaricabile a [www.dirittoeconomia.it/riforma\\_del\\_diritto\\_commerciale.htm](http://www.dirittoeconomia.it/riforma_del_diritto_commerciale.htm).

In questa prospettiva il problema è chiarire quale dei due diritti svolge il ruolo del *captus* e quale svolge invece quello del *ferus victor*. Alla impostazione di questo dilemma è dedicato quest'ultimo paragrafo.

Nel complesso credo però che il nodo critico principale sia, detto piuttosto seccamente, che questa contrapposizione riflette una visione obsoleta del diritto civile<sup>65</sup> e solo grazie a questa visione può costruire un'immaginaria contrapposizione con il diritto commerciale<sup>66</sup>.

Se parliamo di soggetto, è ovvio che nel diritto commerciale non troviamo il granitico signore della volontà sempre uguale a se stesso che (forse) ispirava i giuristi della prima metà dell'800. Questo soggetto non esiste però più (e da tempo!) neppure nel diritto civile.

Se parliamo di contratto è ovvio che nelle organizzazioni del diritto commerciale (le varie forme di società) non troviamo la limpidezza del prototipico contratto istantaneo di scambio, e ci muoviamo invece sul terreno ben più infido dei contratti di durata potenzialmente relazionali. Il fatto è però, anche qui, che il prototipico contratto istantaneo di scambio, non domina più (e da tempo!) neppure nel diritto civile.

Se parliamo infine dei diritti soggettivi, della loro contrapposizione ai poteri e della curvatura che queste posizioni soggettive subiscono nelle realtà organizzate (in verità, non solo, in quelle del diritto commerciale), non possiamo ignorare che nella prospettiva dell'analisi economica del diritto tutte le posizioni soggettive hanno un carattere profondamente funzionale (i diritti soggettivi si assegnano e si definiscono in base al contributo che una certa assegnazione e definizione può dare al corretto funzionamento di meccanismi di contrattazione) e che nell'era degli abusi onnipresenti, e dei bilanciamenti ininterrotti, contrapporre i rigidi ambiti protetti dal diritto civile alle interazioni intrinse di potere che coinvolgono il diritto commerciale, sarebbe assolutamente anacronistico.

In conclusione, io credo che il diritto civile contemporaneo non è più quello che un tempo ispirava la contrapposizione con il diritto commerciale. Da questo punto di vista, quest'ultimo, il diritto commerciale, ha inevitabilmente perso molta della sua identità. Per usare una metafora bellica, il presunto nemico gli assomiglia oramai veramente troppo<sup>67</sup>. O, detta in un altro modo, il diritto commerciale (il mercato) ha scavato il diritto civile dall'interno, molto di più di quanto non dica la vecchia formula della commercializzazione del diritto privato.

Tornando ad una metafora ancora un po' militaresca possiamo però dire che il diritto commerciale conquistato, trova la sua rivincita, come Orazio ci dice che l'ebbero i Greci sui Romani, nella colonizzazione culturale del vincitore. Oggi nessun civilista può più sperare di

---

<sup>65</sup> V. BUONOCORE, *La cultura giuridica italiana dagli anni sessanta ad oggi e il diritto commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1,15, riporta con enfasi il pensiero di Ascarelli là dove contrapponeva ad un diritto commerciale attento ai fenomeni tecnici, all'induzione e all'osservazione, un diritto civile in cui prevalgono esigenze di una "profonda coesione", di "disciplina sistematica dei concetti generali", e in definitiva "lo spirito di una logica deduzione". Oggi che il diritto civile ha sicuramente perduto tutte queste pregevoli qualità, quali sono quelle che lo possono effettivamente contrapporre al diritto commerciale?

<sup>66</sup> Mi sembra che un'opinione analoga, sia pure espressa con maggiore diplomazia, stia anche alla base delle osservazioni di M. MAUGERI, (nt.14) là dove afferma che il diritto civile attuale non gira solo attorno alla tutela dell'individuo proprietario e alla circolazione dei valori d'uso.

<sup>67</sup> Volendo si può anche dire che entrambi confluiscono in un generale diritto del mercato, v. le osservazioni di G. PORTALE, (nt.8), par.6. Il fatto è che oggi ben poco, credo, resta fuori dalla influenza diretta, o indiretta, del mercato.

studiare in maniera sensata la disciplina del contratto (o quella della proprietà o della responsabilità civile o dello stesso matrimonio<sup>68</sup>), ignorando quei problemi del mercato che in un tempo, oramai alquanto lontano, riguardavano solo la (volgarotta) categoria dei mercanti e dei loro giuristi.

Resta a mio avviso da vedere quali siano questa volta le qualità che hanno trasformato il *captus* in *captor* e se non abbia alla fine prevalso, invece che il più colto, semplicemente il più disincantato<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> L. NIVARRA, *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 719, 723.

<sup>69</sup> Concludo con un voluto riferimento ad una delle categorie (incanto- disincanto) più fondamentali ma anche più enigmatiche tra quelle di cui Max Weber si serve per analizzare il diritto moderno (cfr. M. WEBER, *on Law in Economy and Society*, edited and annotated by Max Rheinstein, Harvard University Press, 1954 (il libro contiene per lo più il testo- annotato dei sette capitoli di Economia e società dedicati alla *Rechtssoziologie*). L'accento mi serve per porre quella che mi sembra una buona domanda con cui iniziare una nuova ricerca che varrebbe la pena di fare, e cioè: è più incantato il mondo del diritto civile o quello del diritto commerciale?

Per una recente rivisitazione del dibattito su formalizzazione e incanto nel diritto moderno, v. D. KENNEDY, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*, 55 *Hastings Law Journal*, 1031 (2004).