

## IL DIRITTO COMMERCIALE, OGGI: APPUNTI(\*)

PAOLO MONTALENTI

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione: una sintesi. – 2. Il “primato” del diritto commerciale: impresa e società. La contaminazione dei soggetti collettivi civili. – 3. Il “primato” del diritto commerciale: i contratti. – 4. Il “primato” del diritto commerciale: le nuove clausole generali. – 5. Il “primato” del diritto commerciale: la responsabilità civile. – 6. Quale, dunque, il ruolo del diritto civile? La funzione ordinante del sistema. – 7. Conclusioni.

1. *L'evoluzione del diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione: una sintesi.*

Rivisitando il tema classico, ma ricorrente, dell'evoluzione del diritto commerciale<sup>1</sup> nel rapporto dialettico tra unità e distinzione rispetto al diritto civile e tra unità e separatezza dei codici, fenomeni non necessariamente omogenei ma frequentemente diacronici, osservavo che il problema del «rapporto tra separatezza politica e unità del mercato e, per converso, tra unità politica e separatezza dei codici suggerisce una lettura dell'evoluzione del diritto commerciale alla luce di un peculiare angolo prospettico ovvero del contrappunto dialettico tra specialità del diritto commerciale e *vis* espansiva sul diritto civile, da un lato; separatezza regressiva, per così dire, del diritto civile rispetto al diritto commerciale di contro ad una, sempre riemergente, funzione riunificatrice, in chiave sistematica, del primo (il diritto civile) rispetto al secondo (il diritto commerciale)»<sup>2</sup>.

---

(\*) Questo scritto trae spunto dalla relazione tenuta al Convegno *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi. In occasione della consegna degli Studi dedicati a Mario Libertini*. Università La Sapienza. Roma 10 luglio 2015.

<sup>1</sup> In argomento si veda, per tutti, G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, Medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, G. Bonfante, G. Cottino, *L'imprenditore*, Padova, 2001, 3 ss.

Tra gli studi più recenti si vedano A. PADOA SCHIOPPA, *Riflessioni sulla storia del diritto commerciale*, in *Due maestri del diritto. Filippo Carlo Gallo e Gastone Cottino*, a cura di F. Gorla, R. Weigmann, Accademia delle Scienze di Torino, Quaderni n. 24, 2016, 65 ss.; G. ZANARONE, *Il diritto commerciale fra il suo passato e l'avvenire*, *ivi*, 73 ss.

<sup>2</sup> P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 379, anche per i riferimenti.

*Commercialisation du droit privé*, tendenziale universalità del diritto dei contratti e dei mercati, municipalità dei diritti societari in via di superamento sia attraverso l'armonizzazione, in Europa ma anche negli Stati Uniti, sia attraverso la competizione regolatoria<sup>3</sup>, destatalizzazione del diritto mediante *self-regulation contracts* e *forum shopping* e opzione per la giurisdizione arbitrale, privatizzazione (parziale) delle fonti – si pensi ai Principi contabili internazionali e ai Codici di autodisciplina –, omogeneizzazione (relativa) dei principi tra *common law* e *civil law* – si pensi alla clausola generale di ragionevolezza, opportunamente introdotta nel nostro diritto societario e finanziario<sup>4</sup> –, sono tratti caratterizzanti di un processo storico in costante evoluzione che mi paiono relativamente condivisi.

Anche la “specialità” del diritto commerciale, sotto il profilo del metodo scientifico, rispetto all'epoca di Cesare Vivante, è fortemente attenuata, come è stato recentemente messo in luce in un pregevole studio<sup>5</sup>: l'analisi dei fatti non è più appannaggio esclusivo dell'analisi giuridica dei fatti economici, non vi è, conseguentemente, più ragione di rivendicare un'autonomia scientifica del diritto commerciale, il diritto civile generale riposa su principi comuni che traggono alimento e dal diritto privato e dal diritto commerciale.

Tuttavia sull'idea che il diritto commerciale non sia più una materia specialistica bisogna intendersi. Vi è infatti chi ha autorevolmente sostenuto che nel diritto italiano successivamente alla «*decommercializzazione del diritto commerciale in conseguenza dell'unificazione dei codici ... che aveva trasformato in principi del diritto privato comune i principi del codice di commercio*» è seguita una fase storica in cui la «*Costituzione repubblicana del 1948, soprattutto con il suo art. 41 ... e la forte pressione del diritto comunitario ... hanno portato ad una vera e propria “ricommercializzazione del diritto commerciale”*», concludendo nel senso che il diritto commerciale si qualificerebbe dunque come «*diritto speciale ... in senso forte che*

---

<sup>3</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Harmonization and regulatory competition, State regulation and Freedom of Contract, Institutionalism and Contractualism in Corporate Law*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Atti del Convegno di Venezia 13-14 Novembre 2015, Milano, in corso di pubblicazione.

<sup>4</sup> Sia ancora consentita un'autocitazione: P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 1/2015, 133 ss.

<sup>5</sup> Mi riferisco al saggio di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, 13 ss.

*equivale ad un diritto autonomo rispetto al diritto civile, costituendo insieme a questo due macrosettori del diritto privato in generale»<sup>6</sup>.*

Credo che il rapporto debba diversamente qualificarsi.

Sotto il profilo dei rapporti sociali ed economici regolati, infatti, il diritto commerciale è diritto delle imprese, delle società e dei mercati; il diritto degli individui, della famiglia, dei rapporti economici personali è prerogativa del diritto civile: l'ascrizione esclusiva o, *rectius*, prioritaria, di alcune aree disciplinari all'uno o all'altro settore normativo è ancora attuale.

I diritti della persona, il diritto di famiglia e il diritto delle successioni possono ancora dirsi dominio del diritto civile. Il “dominio” è, tuttavia, relativo, perché il rapporto dialettico tra diritto civile e diritto commerciale si è – a mio parere – progressivamente declinato secondo un diverso paradigma che ho voluto sinteticamente descrivere come «primato del diritto commerciale e ancillarità ordinante del diritto civile»<sup>7</sup>. La specialità del diritto commerciale si estende dunque al diritto civile; il diritto civile assolve la propria funzione di razionalizzazione sistematica attraverso le proprie categorie fondamentali tuttavia costantemente arricchite in particolare per l'influenza del diritto commerciale.

Per le seguenti ragioni e nei termini di seguito meglio precisati.

2. *Il “primato” del diritto commerciale: impresa e società. La contaminazione dei soggetti collettivi civili.*

Il primato del diritto commerciale si è affermato anzitutto con l'espansione dell'economia industriale. La compressione del settore agricolo dal 50% del sistema economico italiano a poco più del 5% confina gli istituti connessi all'attività agricola, al di là di quelli addirittura abrogati (la mezzadria)<sup>8</sup>, in area del tutto marginale: si pensi alla colonia, compartecipazione o soccida in affitto (e mezzadria) esclusi dalla conversione in affitto (art. 29, L. 203/1982), alle servitù e così via.

---

<sup>6</sup> Così G. B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 150.

<sup>7</sup> Così scrivevo in *Nuove clausole generali*, (nt.4).

<sup>8</sup> Come è noto l'art. 3, L. 15 settembre 1964, n. 756, ha vietato – a far data dal 23 settembre 1974 – la stipulazione di nuovi contratti di mezzadria. L'art. 25, L. 3 maggio 1982, n. 203 ha poi disciplinato la conversione in *affitto* dei contratti di mezzadria (nonché di colonia parziaria, di compartecipazione agraria e di soccida).

L'impresa commerciale, *rectius*, l'attività economica<sup>9</sup> e le sue forme organizzative, in evoluzione<sup>10</sup>, assumono una centralità nel sistema che irradia progressivamente anche la sfera privata dei consociati. Il ricorso allo schema societario è sempre più favorito dalla “destrutturazione” della s.r.l., dalla riduzione delle soglie del capitale sociale, dalla legittimazione della s.p.a. unipersonale. Soprattutto è paradigmatica l'estensione degli schemi organizzativi commercialistici in aree tradizionalmente regolate da modelli civilistici. Da un lato le attività non lucrative o non esclusivamente lucrative possono ricorrere alle forme societarie: si pensi alle *onlus* e ora alle società-*benefit* (L. 28 dicembre 2015, n. 208).

Dall'altro lato elementi imprenditoriali si espandono nelle forme civilistiche tradizionali: si pensi alla fondazione-impresa, “contaminata” dall'ulteriore *vis* espansiva del diritto concorsuale.

### 3. Il “primato” del diritto commerciale: i contratti.

Passando poi al diritto dei contratti, il “primato” del diritto commerciale si estrinseca in numerosi profili.

In primo luogo, l'espansione del contratto atipico. Il fenomeno si è realizzato esclusivamente o quasi esclusivamente nell'ambito dei rapporti di impresa o comunque dei rapporti economici: si pensi al *leasing*, al *franchising*, al *merchandising*, al *factoring*, alle lettere di *patronage*, ai contratti di garanzia, ai contratti bancari e così via.

In secondo luogo, la stessa parte generale si è evoluta in ragione della necessità di regolare in modo più appropriato i rapporti tra i privati e l'impresa: si pensi alla tutela del consumatore e al Codice del Consumo, all'evoluzione giurisprudenziale in tema di doveri di informazione, di dolo omissivo, di correttezza nell'esecuzione del contratto, di abuso del diritto.

In terzo luogo, l'espansione applicativa del contratto – e la conseguente evoluzione giurisprudenziale – si realizza in ragione del ricorso sempre più ampio dei privati a rapporti contrattuali con il mondo dell'impresa.

Si pensi ai rapporti bancari (conto corrente, carta di credito, mutui immobiliari ecc.), ai rapporti finanziari (deposito amministrato, gestione patrimoniale, investimenti

<sup>9</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?* in *AGE*, 1/2014, 45 ss.

<sup>10</sup> Ho trattato il tema in *Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”*, in *Giur. comm.*, in corso di pubblicazione.

diretti in fondi di investimento, SICAV, SGR e così via), ai rapporti assicurativi (dalla assicurazione civile obbligatoria automobilistica, alle polizze “famiglia”, all’assicurazione professionale, alla previdenza integrativa): contratti che ormai coinvolgono la pressoché totalità dei consociati.

#### 4. Il “primato” del diritto commerciale: le nuove clausole generali.

Le stesse clausole generali<sup>11</sup> si arricchiscono di contenuto e si aprono a contaminazioni comparatistiche, sempre nell’ambito dell’impresa e dei rapporti connessi ad attività economiche non private, per poi estendersi *extra moenia*.

Si pensi ai principi di corretta amministrazione (artt. 2403 e 2497) alla diligenza qualificata (art. 2392), alla trasparenza informativa (artt. 2391 e 2497 ter): norme di diritto societario ma che esprimono principi estendibili a tutte le attività economiche.

Particolarmente interessanti sono le nuove clausole generali in tema di ragionevolezza (cfr. artt. 2501-*bis* e 2467), per la chiara ispirazione al principio di *reasonableness* importato dal *common law*<sup>12</sup> e le clausole di *prevedibilità*, nei piani di concordato negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nei prospetti finanziari. E si pensi ancora alla *business judgment rule*, regola accolta dalla giurisprudenza con il sintagma

---

<sup>11</sup> Il tema è, ovviamente, amplissimo e non si pretende certo di trattarlo in pochi cenni. Mi limito a segnalare, per tutti, tra i contributi più recenti, S. PATTI, *L’interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263 ss., anche per ampi riferimenti e A. NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, 457 ss., che affronta il tema specifico con ottimi spunti sistematici meritevoli di sviluppo proprio alla luce delle nuove clausole generali, di cui è oggi intessuto il diritto commerciale.

Per un’efficace ricostruzione ed anche per i compiuti riferimenti si veda M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, Relazione al Convegno di Orizzonti del diritto commerciale, Roma 16 luglio 2010, e per una riflessione critica dell’«idea di governare società complesse ricorrendo, per preservare la pluralità di valori, a clausole generali» tuttavia con una valutazione positiva dello «sforzo che talora l’interprete compie di sfruttare clausole e norme generali in direzione di una maggior apertura valutativa» si veda F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un’analisi funzionale*, 17 e 22, Relazione al Convegno di Orizzonti del diritto commerciale, Roma 16 luglio 2010, contributi entrambi reperibili sul sito <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/atti-dei-convegni-associativi/2010/>.

<sup>12</sup> Va però segnalato che nell’ambito del diritto civile si ritiene invece, prevalentemente, che «i criteri di ragionevolezza» abbiano «trovato solo qualche richiamo nel c.c.» «comunque non tali da consentire di configurare un principio di ragionevolezza di generale applicazione nei rapporti tra privati», così A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 758; nello stesso senso le conclusioni a cui perviene l’ampio studio di S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, CEDAM, 2005, 533 ss. e altresì S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 7 ss.

anglofono: nuovamente, principi di diritto commerciale ma che incidono nella sfera dei rapporti privati.

Si pensi, ancor più, alle nuove clausole generali – per il vero non tutte di intuitiva evidenza – inserite in particolari contratti: così è per i principi dell’ integrità dei mercati, del miglior interesse del cliente, della ragionevole misura di identificazione dei conflitti di interessi, della trasparenza, della gestione indipendente, sana e prudente, oltre alla parità di trattamento, previsti nei contratti finanziari (cfr. art. 21 t.u.f.).

Si pensi infine alla protezione dei diritti della persona (non discriminazione, tutela del lavoro minorile, non esposizione al fumo passivo, ecc.) affidata ai codici etici delle grandi imprese: elemento di integrazione del contratto in ragione della ostensione al pubblico.

#### 5. *Il “primato” del diritto commerciale: la responsabilità civile.*

In materia di responsabilità civile – oltre all’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale negli ambiti tipici della responsabilità d’impresa – anche gli istituti o i concetti “classici” del diritto civile si sono modificati nel contesto di rapporti tipicamente commerciali.

Paradigmatico il caso del danno ingiusto: il danno da perdita di *chances*, il danno alla capacità lavorativa, il danno da vacanza rovinata, il danno da pregiudicate relazioni sociali e così via, sono tutte fattispecie emerse nell’ambito di rapporti con imprese (contratto “medico”, contratto di assicurazione, contratto di trasporto, e così via).

#### 6. *Quale, dunque, il ruolo del diritto civile? La funzione ordinante del sistema.*

Anche i settori tipici del diritto civile tradizionale – famiglia e successioni – sono “contaminati” dal diritto commerciale. Si pensi, da un lato, all’azienda coniugale e all’impresa familiare, si pensi, dall’altro lato, agli strumenti per regolare le successioni “aziendali”, dal *trust* al patto di famiglia.

Si pensi, ancora, alle agevolazioni “espropriative” introdotte dall’art. 2925-*bis* per rendere più concretamente efficaci i rimendi risarcitori, in particolare per le ipotesi di sottrazione dei beni ai creditori per responsabilità gestorie, amministrative, professionali.

Cosa resta dunque del diritto privato?

A mio parere un ruolo generale di razionalizzazione del sistema, la “ancillarità” tuttavia ordinante della regolamentazione privatistica in senso ampio.

In altri termini il diritto privato continua a fornire ad operatori, giudici e studiosi le categorie, i principi, le clausole generali, i paradigmi concettuali che costituiscono la struttura portante dell’architettura del sistema; una funzione strumentale (rispetto al “primato” del diritto commerciale) ma pur sempre “ordinante” perché indispensabile al fine di (tentare di) assegnare al magmatico evolversi della legislazione architravi portanti, strutture di collegamento, elementi razionalizzatori, continuità nell’evoluzione sempreché, come ammoniva un giurista eminente del passato, la dottrina non scada in “vacui trascendentalismi”<sup>13</sup>.

A volte si sono aperti scenari evolutivi prorompenti: si pensi al metodo tipologico nella materia del contratto atipico<sup>14</sup>. Altre volte si invocano inutili sovrastrutture: penso all’“invenzione” della causa in concreto<sup>15</sup>; quanto meno in materia di prevedibilità dei piani nel concordato preventivo mi è parsa davvero una inutile superfetazione<sup>16</sup>.

Ripensare le categorie è un percorso, a me sembra, ancora agli inizi<sup>17</sup>, ma assolutamente meritevole di approfondita esplorazione: la dialettica tra diritto civile e diritto commerciale prosegue anche per l’incidenza che il primato del diritto commerciale ha sull’evoluzione dei concetti ordinanti.

---

<sup>13</sup> E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 4<sup>a</sup> ed., Vol. I, Milano, Nabu Press, 1893, p. 477: «una buona dottrina giuridica deve perfettamente accordarsi coi fatti, e questi devono potersi adagiare in quella con giusta misura; importa che rintracciamo con esattezza i criteri fondamentali da cui derivano le sopraccennate differenze ed affinità. Di questo modo la dottrina e la pratica si illuminano a vicenda; e, mentre la dottrina evita il pericolo di contraddire ai fatti più evidenti della vita quotidiana e di perdersi quindi in un vacuo trascendentalismo; la pratica, a sua volta, evita il pericolo, del pari grave e fatale, di degenerare in un cieco empirismo».

<sup>14</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Milano, Edizioni scientifiche italiane, 1975, e già R. SACCO *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 785 ss.

<sup>15</sup> Per un quadro del (complesso) argomento si veda, anche per i riferimenti, C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 ss. Criticamente si vedano, in particolare, E. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss. e M. GIROLAMI, *L’artificio della causa contractus*, Padova, CEDAM, 2012.

<sup>16</sup> Ho formulato qualche spunto, su di un tema specifico, in P. MONTALENTI, *Fattibilità del piano nel concordato preventivo, tra giurisprudenza della Suprema Corte e nuove clausole generali*, in *NDS, Italia Oggi*, n. 3/2014, 7 ss.

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, l’acuto saggio sia pure, a mio parere, eccessivamente «nichilista» di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss., nonché ID., «Calcolabilità» weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 987 ss.

## 7. Conclusioni.

Per le ragioni esposte, ritengo che, da un lato, al diritto commerciale debba riconoscersi il “primato” in termini di espansione regolatoria anche sui rapporti privati e, dall’altro lato, al diritto civile la funzione ordinante e razionalizzatrice del sistema attraverso i suoi propri paradigmi, principi, concetti, categorie, che tuttavia permanentemente si evolvono traendo proprio dal diritto commerciale linfa costante.

In conclusione una relazione dialettica di interazione reciproca in cui la tendenza all’unità prevale sulla separatezza<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Significativo il titolo di un recente studio di S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 489 ss.