

DIRITTO CIVILE E DIRITTO COMMERCIALE: L'UNITÀ DEL DIRITTO PRIVATO, OGGI*

M. MAUGERI

SOMMARIO: 1. A mo' di spunto: brevi cenni sui progetti di riforma dei codici in Spagna - 2. Definizione del tema - 3. Il paradigma o i paradigma di circolazione della ricchezza nel diritto privato

1. A mo' di spunto: brevi cenni sui progetti di riforma dei codici in Spagna

La questione relativa all'unità o meno del diritto privato è di grande attualità anche in ordinamenti diversi dal nostro.

In Spagna, in particolare, il tema è centrale perché è in corso la riforma dei due codici. Come è noto, infatti, è stata lì istituita una *Comisión General de Codificación* che ha presentato sia una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* sia un *Anteproyecto de Ley del Código mercantil*¹, con ciò mostrando di non voler mettere in discussione la tradizionale distinzione fra Diritto civile e Diritto Commerciale (o quanto meno la tradizionale distinzione fra i due codici)².

L'*Anteproyecto de Ley del Código mercantil*³ – che ha ricevuto una prima approvazione del Governo nel maggio del 2014 ma che non è ancora stato approvato definitivamente – dedica il libro IV alle *Obligaciones y los contratos mercantiles en general*. Si tratta di una vera e propria disciplina sul contratto in generale, cui segue, nel libro quinto, la disciplina dei *Contratos Mercantiles en Particular*.

* Questo scritto è la rielaborazione della 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.

¹ Il *Código de comercio* spagnolo è del 1885. Sull'esigenza di riforma dello stesso espressa da tutta la dottrina cfr. M.L. SÁNCHEZ PAREDES, *Las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos en el Anteproyecto de Código mercantil*, in *RDM*, 2014, 59 ss.

² A questi progetti di riforma si affianca il Progetto di riforma del libro sesto del codice civile della Catalogna, relativo a obbligazioni e contratti, approvato per la trattazione dal Parlamento nel 2015.

³ Una parte della dottrina ha sottolineato come l'*Anteproyecto de Ley del Código mercantil* si ispiri a una concezione molto estesa di ciò che debba essere considerato diritto "mercantile", tale da relegare il diritto civile a una funzione meramente residuale (cfr., in senso critico all'impostazione riferita, fra gli altri, M.P. GARCÍA RUBIO, *La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos*, in *Boletín del Ministerio de Justicia* n. 2178, 2015, 5). In particolare l'APCM considera *Derecho mercantil* come il "derecho privado ... del mercado" e definisce il mercato come l'ambito "en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial". L'APCM avoca alla materia del *derecho mercantil* i rapporti fra operatori del mercato fra loro e fra loro e i consumatori, cosicché rimarrebbe ben poco al diritto civile. Su tale impostazione si tornerà *infra* nel testo.

Il *Consejo de Estado*, che è il Supremo organo consultivo del Governo (*ex art. 107* della Costituzione), il 29 Gennaio 2015 (Doc. 837/2014), si è pronunciato su tale progetto, criticando la soluzione di cui si è detto.

Il *Consejo de Estado*, così come d'altra parte anche la *Sala Primera del Tribunal Supremo*, in particolare, ha ritenuto che non vi fosse ragione alcuna per escludere una regolazione comune della parte generale sul contratto e ha sostenuto che questa dovesse essere inserita all'interno del Codice civile.

L'auspicio espresso dal *Consejo de Estado* è stato quello di ampliare quanto più possibile tale disciplina comune e di limitare le regole da inserire nel *Código Mercantil* a quelle "*especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil*". Disciplina generale, dunque, v. disciplina speciale.

Una parte della dottrina aveva, in vero, proposto di mantenere la distinzione *Código Civil/ Código Mercantil*, sottraendo al *Código Mercantil* tutta la parte relativa ai contratti (sia quella generale che quella relativa ai contratti tipici). Tale soluzione non è stata accolta. Per comprendere però bene le ragioni di ciò non si deve dimenticare che in Spagna, mentre la competenza legislativa spetta unicamente allo Stato per le materie di Diritto Commerciale, la stessa è in concorrenza fra Stato e Regioni per le materie civilistiche, tranne - con riferimento ai contratti - per le regole che costituiscono "*bases de las obligaciones contractuales*". L'unificazione all'interno del *Código Civil* avrebbe, dunque, comportato il rischio di addivenire a un diritto dei contratti commerciali regionale. Cosa che si voleva assolutamente evitare.

L'*Asociación de Profesores de Derecho Civil* sta comunque lavorando su una *Propuesta de Nuevo Código Civil* che sembra essere orientata verso l'unificazione del diritto dei contratti.

2. Definizione del tema

Il confronto con quanto accade fuori dai confini nazionali, anche nella limitata osservazione di un solo ordinamento, già mostra che il problema dell'unità del diritto privato mette ansia anche ai legislatori del XXI secolo e solleva tuttora una varietà di temi e di diverse possibili interpretazioni.

A me sembra, allora, che per affrontare il problema dell'unità del diritto privato oggi, occorra in primo luogo chiarire quale sia il *quid* su cui ci si sta interrogando, e, cioè, a cosa si riferisca l'unità predicata.

È certo che in Italia esistono due settori (con differenti declaratorie) e che gli insegnamenti afferiscono in modo vincolato all'uno o all'altro di questi, sicché, sotto il profilo delle categorie dell'ordinamento universitario, di unità non si può certo parlare.

Vi sono, in Italia come altrove, studiosi che, a prescindere dal settore di afferenza, si sono brillantemente occupati di temi tradizionalmente riconducibili all'uno e all'altro settore; vi sono autorevoli colleghi che hanno fatto parte, in diverse fasi della vita, prima dell'uno e

poi dell'altro settore; vi sono, infine, molti studiosi che oggi si occupano di temi di confine (e non si può negare che quest'ultimo fenomeno sia in crescita). Ciò non di meno le due comunità scientifiche, con i loro punti di riferimento, le loro "narrazioni", le loro scuole, i loro temi "non condivisi", restano qui in Italia ancora oggi in parte separate.

Si sono registrati e si registrano tentativi di superare i confini, di creare una nuova "comunità" scientifica unica, anche attraverso la fondazione di nuove riviste, ma ancora una volta, allo stato, l'obiettivo sembra non possa dirsi raggiunto.

Di converso, l'unificazione dei Codici in Italia è risalente, sicché sotto questo profilo l'unità è certa ma, come è stato già sottolineato, l'unificazione o la distinzione delle norme civilistiche da quelle commercialistiche è questione che può anche prescindere dall'unificazione o dalla distinzione fra i codici⁴.

Credo, però, che la questione centrale, quando ci si interroghi sull'unità o meno dei due settori, sia quella relativa al se il nostro sistema, in punto di appropriazione della ricchezza creata, gestione e circolazione della stessa (a ciò serve fondamentalmente, ancorché non esclusivamente, il diritto privato), accolga logiche diverse a seconda dei contesti di operatività delle regole o se, viceversa, la logica che informa i rapporti patrimoniali fra i privati sia la medesima o sia almeno in parte coincidente. Si potrebbe semplificare chiedendosi se ci siano corpi di regole diversi in punto di regolazione della produzione e dello scambio sul mercato.

Se si individuano logiche diverse che informano i due settori, persino l'unità dei due codici perderebbe significato.

Se, viceversa, si individua un'unica logica si dovrà solo attendere, scontato l'esito, il tempo necessario all'integrazione fra le due comunità.

Sembra evidente che l'eventuale distinzione fra le due logiche non potrebbe essere predicata in chiave ontologica o storica (non a caso questa giornata di studi è dedicata all'unità del diritto privato oggi). Di unità o meno si potrà parlare esclusivamente con riferimento a una precisa fase storica e a uno specifico ordinamento (anche se oggi appare evidente come il dato sovranazionale, e per noi soprattutto il dato dell'Unione, influenzi in modo forte la disciplina interna e, dunque, anche il rapporto fra le discipline dei diversi Stati, in particolare per noi il rapporto fra le discipline degli Stati membri).

Come ci insegna la scuola storica di Goldschmidt, che ha sviluppato la c.d. "teoria relativistica" dei rapporti fra diritto civile e diritto commerciale, tanto più le norme del diritto civile appaiono adeguate al mondo degli affari tanto meno vi sarà bisogno di un complesso di norme speciali per le attività che un tempo venivano svolte dal mercante o dall'imprenditore⁵ (vale forse la pena di ricordare che, in quest'ottica, Canaris ritiene che il diritto commerciale sia caratterizzato dalla transitorietà⁶). Considerazione che può anche

⁴ G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1974, I, 539 e *passim*.

⁵ L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891, 12.

⁶ C-W. CANARIS, *Handelsrecht*²⁴, München, 2006, § 1, IV, 45-46.

essere letta all'inverso, e cioè nel senso che tanto più l'organizzazione sociale assuma come logica unificante dell'agire dei soggetti sul mercato quella della massimizzazione del profitto e dell'agire razionale, oggettivo e non idiosincratico (se si vuole dell'agire imprenditoriale anche quando i soggetti non siano imprenditori, per richiamare Foucault il singolo come imprenditore di se stesso e frammentato in un numero svariato di sè⁷) tanto più un diritto civile patrimoniale volto a disciplinare i rapporti fra non imprenditori perderà di senso o comunque diventerà residuale⁸. Rimarrebbe, ovviamente, uno spazio certo di non sovrapposizione dei due settori con riferimento ai rapporti non patrimoniali (si pensi al diritto della persona fisica e, ancorché non integralmente, a quello della famiglia e delle successioni⁹) nella misura in cui questi restano al di fuori della logica del mercato.

Anche se si dovesse, pertanto, dimostrare che in passato i due codici esprimessero la doppia anima della borghesia ottocentesca e che fossero costruiti l'uno (quello civile) per garantire la borghesia media e fondiaria con le sue aspirazioni ad un ordine statico volto alla difesa essenzialmente dei diritti proprietari, così come definiti in seguito alla rivoluzione francese, con il suo corollario di attribuzione massima di rilevanza al dominio della volontà e ai valori idiosincratici propri del singolo soggetto¹⁰; e l'altro (quello di commercio) a garantire i ceti, prima mercantili e poi industriali, che aspiravano ad allargare i mercati e ad aver garantita la certezza degli scambi (anche attraverso un'attribuzione prioritaria di rilevanza al valore di scambio e forme di sacrificio della volontà in nome della celerità del traffico giuridico), così da giustificare la costruzione di due diversi paradigmi, ciò non pregiudicherebbe affatto la possibilità di predicare oggi in chiave di unità (totale o parziale) il paradigma dell'appropriazione della ricchezza creata e della circolazione della stessa¹¹.

Sul dibattito tedesco in tema di autonomia del diritto commerciale si veda G. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Jus*, 2008, 20.

⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.

⁸ Vedi *supra*, in nota 2, l'impostazione accolta nell'*Anteproyecto de Ley del Código mercantil* e le critiche mosse.

⁹ Sul punto vedi anche P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in questo numero della rivista.

¹⁰ Si esprime in chiave di diritto proto-borghese che attribuiva alla regolazione il mero compito di individuare le condizioni di esercizio dell'autonomia privata L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 846; ma vedi anche ID., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Ed. Scientifica, Napoli, 2010, 22 ss. Sulla circostanza secondo la quale il codice del 1865 avrebbe rispecchiato condizioni di vita quasi arcaiche A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Utet, Milano, 1928, 83.

¹¹ Cfr. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, ESI, 2003, 15 ss, che comunque considera i due diritti in quella fase espressione di esigenze di un'unica classe, quella borghese.

La possibilità di predicare in chiave di unità non verrebbe meno neanche se si riuscisse a dimostrare che l'istanza solidaristica, in una fase storica, avesse permeato più il settore civilistico che quello di diritto commerciale (anche se in vero a me sembra che le vere istanze solidaristiche, in una specifica fase storica, avessero permeato in modo significativo, ovvero in misura tale da poter sovvertire il paradigma comune, solo il settore del diritto del lavoro e che il rapporto con il diritto civile generale fosse in larga misura ingiustificatamente enfatizzato).

Mario Libertini, nel suo lavoro su: “Diritto Civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia”¹², ha fatto una ricostruzione mirabile delle relazioni fra i due settori dalla seconda metà del XIX secolo ai nostri giorni.

L’analisi del Maestro, oggi onorato, ci consente di dire con certezza che:

- sono esistiti paradigmi diversi che hanno informato i due settori; e che, però,
- quanto meno con riferimento al metodo, questa distinzione non ha più ragione di esistere e il metodo tradizionale del diritto commerciale deve “essere proposto come metodo di applicazione generale, con il correlativo rifiuto di metodi di tipo concettualistico”.

Assunto come dato di partenza l’insegnamento autorevole del Maestro, le questioni su cui credo valga la pena di interrogarsi sono allora oggi le seguenti:

- (i) esiste un diritto civile patrimoniale che regola lo scambio e il mercato secondo un paradigma diverso rispetto a quello che sta alla base dello scambio e della regolazione del mercato nel settore del diritto commerciale?
- (ii) e, se sì, quale è lo spazio che copre siffatto diritto?
- (iii) esiste un diritto dell’organizzazione dell’attività produttiva che segue un paradigma diverso da quello dello scambio?

In questa sede si proverà a dare risposta esclusivamente ai primi due interrogativi.

Non verrà, invece, affrontata in questa sede la questione *sub (iii)*.

3. *Il paradigma o i paradigma di circolazione della ricchezza nel diritto privato*

Credo non si possa dubitare del fatto che il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1882 fossero caratterizzati da paradigmi di circolazione della ricchezza differenti.

Conviene qui ricordare che il codice civile del 1865 era stato fortemente influenzato dal *Code Napoléon* e che quest’ultimo era stato emanato in una fase storica in cui la rivoluzione industriale in Francia non era ancora pienamente compiuta. Nel 1810 in tutta la Francia vi erano, ad esempio, solo 200 macchine a vapore. Gli studiosi sembrano concordi nell’affermare che almeno fino al 1815 la Francia fosse ancora caratterizzata da un’economia prevalentemente agricola¹³ sicché che ci fosse una costruzione di un diritto civile che, seppur liberale e fondato sul mercato, fosse meno sensibile alle esigenze di

¹² In *Rivista delle Società*, 2013, 1 ss.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in questo numero della Rivista.

¹³ Cfr., fra gli altri, T. KEMP, *L’industrializzazione in Europa nell’800*, Il Mulino, 1975, 91 ss.; C. FOHLEN, *La Rivoluzione industriale in Francia (1700-1914)*, in *L’emergere delle società industriali*, vol. IV di Storia economica d’Europa, diretta da Carlo M. Cipolla, Torino, UTET, 1980, 33.

rapidità e speditezza di quanto accadesse nel diverso contesto governato dal diritto commerciale sembra facilmente comprensibile¹⁴.

Sembra, a tal proposito, colga nel segno Francesco Denozza quando - utilizzando quella che definisce come una battuta - afferma 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 un’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”¹⁵.

La situazione è destinata a mutare con il codice del 1942. La vicenda della c.d. commercializzazione del diritto privato è ripercorsa magistralmente da Libertini in questo numero della rivista e si può, dunque, dare qui per nota. Che un innesto delle norme di origine commercialistica ci sia stato credo sia unanimemente riconosciuto. La questione che si pone è relativa al se tale commercializzazione si sia tradotta in un semplice aumento del peso relativo alle norme di origine commercialistica nell’ambito del complessivo diritto privato unificato o se si sia tradotta in qualcosa di più.

Più precisamente, semplificando, la domanda da porsi è: il paradigma dello scambio nel codice del 1942 è ancora diverso a seconda che al mercato si rivolga l’impresa o l’individuo proprietario non imprenditore?

Come è noto in passato si è scritto molto sui “contratti di impresa”, intesi come “contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell’imprenditore, ma anche (e più restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d’impresa”¹⁶.

¹⁴ Diverso sembra essere, ma il tema non può essere qui approfondito, il rapporto fra Pandettistica, BGB e rivoluzione industriale.

¹⁵ F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in questo numero della rivista, nota 4.

¹⁶ La definizione è di A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1998, 1. L’autore, con riferimento a questi tipi di contratti, aveva in precedenza utilizzato l’espressione “contratti qualificativi” e li aveva inseriti all’interno del più vasto raggruppamento dei “contratti delle imprese commerciali”. Quest’ultimo raggruppamento faceva perno sul mero fatto della partecipazione di un imprenditore al contratto ed era comprensivo, come tale, anche di altri sotto-gruppi (contratti attinenti alla costituzione e alla organizzazione dell’impresa, al coordinamento della sua attività con quello di altre imprese e alla crisi dell’impresa) (A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, III ed., Padova, 1962, 94-101).

Contra Cfr. F. GALGANO, *I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980, 1 secondo il quale: “Nel nostro sistema giuridico, basato sull’unità del diritto regolatore dei contratti, anziché sulla sua duplicazione (cessata in Italia nel 1942, con l’unificazione dei codici) in un diritto dei contratti civili e un diritto dei contratti commerciali, una speciale categoria di contratti, denominati come «contratti di impresa», non ha ufficiale diritto di cittadinanza”... “Il nuovo tipo contrattuale unitario si modella sull’antico tipo di contratto commerciale, dando luogo al già descritto fenomeno della «commercializzazione» del diritto

Dalmartello, come è ben noto, riteneva che fosse possibile declinarli in chiave di “categoria””, comprensiva tanto di quelli che oggi noi chiameremmo contratti *BtoC* (contratti con il consumatore) quanto dei c.d. contratti *BtoB* (contratti fra imprese), e sosteneva che esistessero norme riferibili ai contratti d’impresa e non applicabili a contratti che non potessero essere qualificati d’impresa¹⁷. Il profilo oggettivo-funzionale di questi contratti (e cioè la realizzazione dell’attività d’impresa) avrebbe influenzato, infatti, la disciplina degli stessi (rendendoli insensibili, ad esempio, alle vicende personali del soggetto imprenditore, o escludendo l’operatività di alcune regole in materia di interpretazione). Da ciò sarebbe discesa la possibilità di individuare “regole applicabili anche ai contratti di impresa «non nominati» ... che, tuttavia, po[tessero] essere qualificati come *contratti di impresa*”¹⁸. La posizione non è rimasta isolata e vi è stato chi, più di recente, ha colto un *fil rouge* normativo relativo ai contratti di impresa volto a promuovere il fisiologico e efficiente funzionamento del mercato¹⁹.

Questa tesi, che sembra considerare appannaggio del diritto commerciale la disciplina dei contratti di impresa, è ancora oggi alla base delle declaratorie dei settori scientifico disciplinari e concorsuali. I contratti di impresa sono, infatti, ricompresi nella declaratoria del settore del Diritto commerciale.

L’accento, con riferimento a questi contratti, è posto sul rapporto fra l’imprenditore e gli altri soggetti che operano sul mercato (e riguarda pertanto lo scambio e non la costituzione e l’organizzazione e la crisi dell’impresa).

Sembra riguardare (quanto meno anche) il contratto di scambio la tesi di chi ritiene che “l’interpretazione sistematica del diritto unificato de[bba] tenere conto del fatto che l’impresa e l’individuo, nel sistema di principi e di valori presenti nell’ordinamento, [abbiano] collocazioni diverse, sicché è legittimo attribuire allo stesso testo normativo valenze diverse a seconda che debba applicarsi, o meno, all’attività d’impresa o all’individuo”²⁰. L’idea di partenza è che “la Costituzione repubblicana del 1948, soprattutto con il suo art. 41 sulla libertà dell’iniziativa economica, e la forte pressione del diritto comunitario, esaltata dalla nostra dottrina a partire dalla metà degli anni ’70 del secolo

privato”. Ma vedi anche B. INZITARI, *L’impresa nei rapporti contrattuali*, in *Trattato dir. comm. Galgano*, II, CEDAM, Padova, 1978, 319.

¹⁷ A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa*, (nt. 16), 2 e *passim*.

¹⁸ A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa*, (nt. 16), 2.

¹⁹ V. BUONOCORE, *I contratti d’impresa*, in *Contratti d’impresa*, a cura di V. Buonocore e A. Luminoso,, Milano, 1993, 1 ss; ID., *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1 ss; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 629 ss.; G. CAPO, voce *Contratti d’impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 2008, 3.

²⁰ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, (nt.12). Ma vedi anche ID., *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per l’impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2012, 33 ss.

scorso (e sulla quale, da ultimo, aveva molto insistito Buonocore), [abbiano] portato a una vera e propria «ricommercializzazione del diritto commerciale»²¹.

Sembra, viceversa, non essere riferita ai contratti di scambio la tesi di Ferro Luzzi²² secondo la quale il diritto civile sarebbe incentrato su una catena atto/effetto inadeguata a comprendere la realtà giuridica dell'impresa che, essendo questa un'attività organizzata, richiederebbe regole oggettive che prescindono dall'identità dei singoli soggetti impegnati nell'organizzazione stessa, regole che caratterizzerebbero il diritto commerciale.

Qui l'accento sembra essere posto più sui profili organizzativi dell'impresa stessa (sui contratti associativi, per l'appunto).

Al di là delle ricostruzioni delle diverse tesi sembra che in ogni caso, nel valutare se in diritto commerciale si possa individuare un paradigma diverso rispetto a quello del diritto civile, si debba distinguere a seconda che il termine di confronto sia il rapporto di scambio fra impresa e soggetti ad essa estranei operanti sul mercato o piuttosto il rapporto associativo.

In questa sede si metteranno a confronto solo i modelli di regolazione dei contratti di scambio.

Non è possibile, ovviamente, dar qui conto di tutti i mutamenti intervenuti in tema di contratto di scambio nel Codice del 1942 rispetto al Codice civile del 1865, in recepimento delle regole presenti nel Codice di commercio del 1882. Sia consentito, pertanto, selezionare uno solo di tali mutamenti e prenderlo come base di partenza per la riflessione. Analizziamo, seppur sommariamente, la modifica intervenuta in punto di determinabilità del prezzo nella vendita²³.

Conviene premettere che la questione relativa all'opportunità o meno di individuare un "gap filler" in presenza di lacune contrattuali è studiato da molti anni dai cultori dell'analisi economica del diritto.

Il beneficio del "gap filler" è quello di consentire un risparmio nei costi di transazione. A fronte di ciò il "gap filler" giudiziario ha dei costi: i costi della giustizia e quelli derivanti da un possibile errore nell'individuazione del dato da inserire nel contratto.

Anche con riferimento al prezzo, in un'ottica di EAL, occorrerebbe comparare il costo che dovrebbero affrontare le parti in un'ipotetica contrattazione (più la somma derivante dalla perdita di quanto investito per raggiungere un accordo sui punti diversi dal prezzo perché, ricordo, la caducazione del contratto fa perdere questi investimenti) e il costo di un'indagine relativa alla possibile individuazione di un "prezzo ragionevole" o "di mercato"

²¹ G. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della S.P.A.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 150.

²² P.FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971. La tesi è descritta con maggiore dettaglio nei saggi di DENOZZA e LIBERTINI presenti in questo numero della rivista.

²³ Sul tema e sulla bibliografia di riferimento sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale*, in *NGCC*, 2015, I, 8-15; Id., *Standardization and Italian Law of Contracts: F/RAND Commitments*, in *ODCC*, 2014, 1, 99-138.

(ovvero il prezzo a cui le parti avrebbero “chiuso” il contratto se avessero negoziato) da parte delle Corti.

Sembra evidente che il rapporto fra i due costi si modifica con l'avanzare del processo di standardizzazione dei beni. Più i beni si standardizzano, più è facile individuare i loro prezzi di mercato e, dunque, più si abbassano i costi di un'integrazione giudiziale.

Vedremo come di ciò, pur non utilizzando il linguaggio dell'EAL, avessero piena coscienza i civilisti degli inizi del secolo scorso.

L'art. 1474 c.c. (Mancanza di determinazione espressa del prezzo) considera comunque valido il contratto di vendita concluso in mancanza di determinazione del prezzo se:

- il contratto abbia ad oggetto cose che il venditore vende abitualmente. In questo caso opera la presunzione che le parti abbiano voluto fare riferimento al prezzo praticato dal venditore;
- il contratto abbia ad oggetto cose che abbiano un prezzo di borsa o di mercato. In questo caso il prezzo si desume dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna o da quelli della piazza più vicina;
- le parti abbiano inteso riferirsi al giusto prezzo. In questo caso si applicano le regole previste in tema di vendita avente ad oggetto cose che il venditore vende abitualmente e quelle relative alla vendita con oggetto cose aventi un prezzo di borsa o di mercato e, quando non ricorrano questi casi, il prezzo, in mancanza di accordo, è determinato da un terzo nominato ai sensi del secondo comma dell'art. 1473 c.c. in tema di determinazione del prezzo affidata al terzo (e cioè dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto).

Il codice civile del 1865 regolava in modo affatto diverso la vendita “civile”. L'art. 1454, infatti, disponeva che il prezzo dovesse essere determinato e specificato. Si poteva, in vero, rimettere la determinazione al terzo ma se il terzo non avesse voluto definire il prezzo la vendita sarebbe stata nulla. Le parti potevano anche pattuire che il prezzo fosse quello risultante da una certa e determinata mercuriale. Il giudice non aveva, dunque, potere alcuno di determinazione del prezzo anche se aveva il potere di scegliere il terzo, nell'ipotesi in cui le parti avessero pattuito di selezionare quest'ultimo di comune accordo in fase successiva alla stipulazione del contratto e avessero dichiarato che, non concordando fra loro, la scelta venisse fatta dal giudice.

La disciplina era in linea con l'impianto di parte generale del codice del 1865, che non consentiva espressamente, ad esempio, al terzo la possibilità di operare la scelta in caso di obbligazione alternativa e men che mai consentiva al giudice di operare la selezione se il terzo non avesse operato tale scelta e che, da ultimo, non dettava una disciplina generale in tema di determinazione dell'oggetto ad opera del terzo.

La scelta sul prezzo era, dunque, in via generale nel codice civile del 1865, rimessa alla volontà dichiarata delle parti o del soggetto cui le parti avevano conferito (direttamente o in via mediata, purché in maniera espressa e in casi limitati) il potere di determinazione.

Di tenore decisamente differente erano l'impianto generale del codice di commercio del 1882 e, in particolare, l'art. 60 dello stesso. *L'incipit* di tale articolo era illuminante “*La vendita commerciale fatta per un prezzo non determinato nel contratto è valida, se le parti hanno convenuto un modo qualunque di determinarlo in appresso*”. Anche nella vendita commerciale la determinazione del prezzo poteva essere rimessa all'arbitrio del terzo eletto nel contratto o da eleggersi posteriormente. Nel suddetto ambito, però, se il terzo non voleva o non poteva accettare, le parti avrebbero dovuto procedere a una nuova nomina e la nomina sarebbe stata, in ogni caso, fatta dall'autorità giudiziaria in mancanza di accordo. Nella vendita commerciale, dunque, l'interesse al mantenimento del contratto prevaleva su quello ad esprimere eventuali valori idiosincratici da parte dei contraenti (valori idiosincratici che avrebbero potuto trovare manifestazione anche solo attraverso la riserva nell'individuazione del terzo). In quel contesto, per altro, l'individuazione di un prezzo con requisiti di oggettività (che rendesse pertanto in un certo senso fungibile la figura del terzo) era sicuramente più agevole che nella vendita civile.

In linea con questa scelta di rendere possibile il mantenimento del contratto anche in assenza di un'espressa determinazione del prezzo ad opera delle parti, se in qualche modo si fosse potuta desumere la volontà delle parti di rinunciare a tributare rilievo ai propri valori idiosincratici, era la disciplina contenuta nel medesimo articolo 60, secondo comma, secondo la quale: “*La vendita fatta per il giusto prezzo o a prezzo corrente, è pur valida; il prezzo si determina secondo le disposizioni dell'art. 38*”. Quest'ultimo si riferiva a quasi tutti i contratti commerciali e disponeva quanto segue: “*Ogni qualvolta si deve determinare il giusto prezzo o il prezzo corrente delle derrate, delle merci, dei trasporti, dei noli, delle navi, dei premi di assicurazione, dei corsi dei cambi, degli effetti pubblici e dei titoli industriali, esso è desunto dalle liste di borsa o dalle mercuriali del luogo di esecuzione del contratto, o, in mancanza, da quelle del luogo più vicino e da ogni altra fonte di prova*” (il corsivo è mio).

È da segnalare, a questo proposito, quanto si legge negli Atti della Commissione del 1869 di preparazione al Codice di Commercio del 1882: “*Nei contratti civili la legge è più rigorosa poiché richiede come elemento essenziale del contratto di vendita la determinazione del prezzo, ma la frequenza dei contratti commerciali sulle singole merci rende troppo agevole la determinazione del prezzo corrente, perché si possa negare alle parti di rimettersi ad esso*”²⁴.

È interessante il modo in cui il Mancini nella Relazione all'art. 37 del Progetto (art. 38 del testo definitivo) del Codice di Commercio del 1882 illustra la norma: “*La rigidezza delle disposizioni contenute nel codice civile sarebbe incompatibile coi bisogni e cogli usi del commercio ... Così si provvede con maggiore copia di mezzi costantemente alla efficacia e al mantenimento delle convenzioni come era richiesto dalla serietà e dalla buona fede degli impegni commerciali*”.

²⁴ *Sub art. 38, in M. GALDI (a cura di), Il Codice di Commercio del Regno d'Italia con l'esposizione de' motivi che l'hanno preparato e seguito, 1882, Napoli, vol. I, p. 142.*

E ancor più interessante, però, ai nostri fini è la critica che Bolaffio, riprendendo un'affermazione di eguale tenore di V. Polacco²⁵, muove all'osservazione di Mancini: "Senonché serietà e buona fede non sono affatto caratteristiche dei contratti commerciali" e, pertanto, non si può che "far voto che la differenza sparisca"²⁶.

Commercialisti e civilisti auspicavano, dunque, l'estensione della disciplina contenuta negli artt. 38 e 60 in generale anche a tutti contratti civili e ciò si spiega bene tenendo conto che cominciavano a crearsi valori "oggettivi", di mercato, anche in contesti diversi rispetto a quelli legati ai contratti commerciali. E questo è quanto precisamente è avvenuto con riferimento alla vendita attraverso l'art. 1474 c.c. che ha assunto per l'appunto l'art. 60 del cod. di comm. come modello di riferimento.

Ho spiegato altrove la ragione per cui io ritengo che quest'articolo sia espressione di un principio generale applicabile analogicamente a tutti i contratti di scambio²⁷.

A mio avviso la disciplina in tale articolo contenuta è punto di emersione di una più profonda revisione del paradigma dello scambio, che trova conferma anche nelle regole contenute nella parte generale sul contratto e che attribuisce complessivamente maggior peso alla stabilità delle transazioni anziché alla volontà idiosincratice dei contraenti.

Supponiamo, però, che non sia così e che abbia ragione chi, autorevolmente e con argomenti molto seri, ritiene che, nel nostro ordinamento, anche con riferimento alla determinabilità del prezzo occorra distinguere fra contratti in cui sia coinvolta l'impresa e contratti in cui i contraenti non esercitino tale attività²⁸.

Occorrerebbe a questo punto chiedersi quanto possa, però, resistere una scelta siffatta (che si potrebbe esprimere dicendo che è aumentato il peso delle discipline di origine commercialistica ma non si possa dire radicalmente mutato il paradigma con riferimento al profilo considerato) davanti a *trend* internazionali che vanno in senso opposto.

Nei sistemi occidentali con riferimento al tema di cui ci si occupa si stanno oggi, infatti, affermando modelli affatto diversi, che sembrano volti più a facilitare la conclusione delle transazioni che a tributare rilevanza alle esigenze idiosincratice dei contraenti (almeno sotto il profilo dell'individuazione del prezzo).

Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dal DCFR all'art. II.-9:104: *Determination of price* (*Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price*

²⁵ Cfr. *Le obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1915, 195.

²⁶ L. BOLAFFIO, *Il Codice di commercio commentato. Dei mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale*, VI ed., UTET, Torino, 1937, 171 n. 1.

²⁷ Si rinvia ai lavori indicati in nota 23.

²⁸ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per l'impresa, I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, Il Mulino, 2012, 47 ss.; Ma vedi anche G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 11 ss.

is available, a reasonable price) e alla circostanza che la regola in questo contenuta sia considerata, nei *Comments*, in linea con gli approcci degli stati membri .

E una regola siffatta si trova anche nei Principi Unidroit (art. 5.1.7), nell'art. 55 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di compravendita internazionale di merci e nell'UCC statunitense (§ 2-305). Si ricorda, per altro, che quest'ultima disciplina definisce "merchant" anche chi semplicemente si avvalga di un esperto (si veda il par. 2-104 dell'Uniform Commercial Code secondo il quale: "*Merchant* means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill").

Il mantenimento del contratto (la sua salvezza) pur in assenza di determinazione del prezzo sembra, in altre parole, rappresentare la cifra della recente evoluzione europea e statunitense in tema di contratti. Evidentemente, anche con riferimento ai contratti in cui non sia coinvolta un'impresa, i costi del *gap filler* ad opera del giudice (o comunque di un terzo) non sono considerati proibitivi nelle prassi e nelle discipline internazionali e il mantenimento del contratto, che consente di diminuire i costi di transazione e di non "distruggere" gli investimenti che ciascuna parte ha effettuato durante la fase della trattativa pre-contrattuale, è considerato preferibile (purché ovviamente la mancanza del prezzo, insieme ad altre circostanze, non risulti testimonianza del fatto che l'accordo non abbia ancora raggiunto un livello "di sufficienza").

E ciò è assolutamente comprensibile perché non si può certo negare che lo sviluppo della scienza economica, la circolazione delle informazioni, la presenza di agenti specializzati nei diversi mercati, la standardizzazione persino nella costruzione degli immobili, abbiano reso più semplice l'operazione di determinazione del "valore di mercato".

È opportuno prendere atto che il modo in cui operano i privati non imprenditori fra loro è essenzialmente cambiato: è cambiato sul mercato (perché passa per soggetti specializzati) ed è cambiato nell'atteggiamento (che mima quello imprenditoriale). L'operazione idiosincratICA è oggi di fatto non praticabile. Sia la vendita che la locazione di beni immobili (tipici scambi in cui tradizionalmente si attribuiva rilevanza all'idiosincrasia dei contraenti) avvengono in un contesto che detta le condizioni della transazione. Non è immaginabile che un soggetto ceda a 10 ciò che, avendo le medesime caratteristiche, nella medesima zona è ceduto a 5.

In altre parole il costo del *gap filler* del prezzo si è abbassato e si è abbassato tanto nel settore in cui è presente l'impresa quanto in quello in cui non sia presente. Non vi è ragione per mantenere, in relazione al profilo considerato, discipline dello scambio differenti a seconda dei soggetti coinvolti. Così si spiega la spinta internazionale verso il

completamento di mutamento del paradigma (ammesso che questo non sia già avvenuto) e così si spiega la forza della proposta²⁹.

Si tenga anche conto che sicuramente già oggi le transazioni che non vedono coinvolti imprenditori (o comunque professionisti) sono nella vita di ciascuno di noi numericamente infinitamente inferiori a quelle che li vedono coinvolti e ciò rende palese la residualità dell'eventuale paradigma che, per comodità, definiamo proto-borghese³⁰.

Oltre al dato segnalato occorre tener conto di un altro fenomeno che è quello legato alla nuova disciplina a tutela del consumatore.

Si ritiene che “la creazione del diritto dei consumatori [abbia] costituito una delle novità più importanti che si siano verificate negli ordinamenti giuridici europei a partire dalla metà del Novecento. La disciplina del contratto è stata assoggettata a una modernizzazione tanto radicale, da determinare una sorta di rottura di quella tradizione civilistica che la pandettistica tedesca aveva forgiato sulla base del diritto romano-comune e che è stata poi trasfusa nelle grandi codificazioni nazionali”³¹.

Si noti che la disciplina a tutela del consumatore non ruota attorno alla figura dell'imprenditore in senso codicistico bensì intorno a quella del professionista e rientra in quest'ultima categoria anche chi esercita una professione liberale o chi fa l'intermediario³².

Si aggiunga che la disciplina non è modellata (come si diceva quando si faceva questione dei “contratti di impresa”) sulle esigenze dell'impresa o del professionista ma sulle esigenze di controparte, ed, infatti, la protezione opera diversamente a seconda del tipo di partner contrattuale (consumatore o a sua volta professionista)³³.

Il passaggio da un'organizzazione pensata per le esigenze dell'impresa a una pensata per le esigenze di controparte (o – se si vuole – per garantire l'efficienza della transazione) si coglie bene se si considera come la disciplina di favore per l'impresa contenuta nell'art. 1368, secondo comma, del codice civile (“Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa”) non trovi più applicazione nei contratti *Btoc* in ragione di quanto previsto dall'art. 35, secondo comma del codice del consumo (secondo il quale “In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”).

²⁹ Fa riferimento ad altro tipo di pressioni internazionali che metterebbero in crisi la categoria dei contratti di impresa G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Annali Enc. Dir.*, IV, Milano, 2011, 243 ss.

³⁰ Ci si potrebbe chiedere, piuttosto, se paradossalmente il vecchio paradigma non possa trovare applicazione in contratti stipulati fra grandi imprese e relativi ad affari “eccezionali” privi di parametri certi di riferimento. Il tema non può qui essere sviluppato.

³¹ Così P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in ODCC, 2014, 3 ma l'opinione è diffusa.

³² Cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2015, 630.

³³ A. GENTILI, (nt.32), 631.

Si realizza evidentemente un nuovo innesto normativo in seno al sistema, che modifica in modo nuovo e forte l'impianto della tradizione (si pensi alle novità in tema, fra l'altro, di obblighi di informazione, recesso, invalidità e rimedi in generale) e lo modifica attingendo, come ha già sostenuto Francesco Denozza proprio negli Studi in onore di Mario Libertini, al pensiero economico che sta alla base della Nuova economia istituzionale (più che al pensiero ordo-liberale in senso proprio, come pure da più parti si sostiene). Pensiero economico per cui rileva l'efficienza della singola transazione più che il valore idiosincratico del contraente e che intende perequare i c.d. *market failure*³⁴.

La modifica di cui si discute, per altro, non si ferma all'ambito individuato dal legislatore (così da legittimare un'eventuale posizione secondo la quale si tratterebbe comunque di una disciplina e di un sotto-paradigma tutto interno al diritto dell'impresa e, dunque, al diritto commerciale³⁵). E ciò non solo perché, in ragione di tale disciplina si è proceduto ad una sostanziale reinterpretazione in via sistematica di tutta la parte generale del contratto contenuta nel codice (si pensi, per esempio, con riferimento ai rimedi, all'incremento di funzioni assegnate all'art. 1337 c.c. in relazione agli obblighi di informazione non assolti anche laddove il contratto sia stato concluso o alla disarticolazione delle invalidità) e si è ritenuto che tale nuova interpretazione refluisse sulla soluzione di conflitti relativi anche a rapporti fra imprese (si pensi, per l'appunto, alla violazione degli obblighi di informazione che riguardino clienti non consumatori nel settore finanziario), cosa che potrebbe ancora essere in linea con l'idea secondo la quale saremmo comunque in presenza di un paradigma pur sempre legato ai rapporti di impresa, ma soprattutto perché la dottrina civilistica, nazionale e non, spinge verso l'estensione del nuovo paradigma anche al rapporto fra pari non imprenditori (si pensi, solo ad esempio, alla tesi di Roppo sul contratto asimmetrico³⁶ o, ancora una volta, alle scelte del DCFR in punto obbligo di trasparenza anche nei contratti in cui non sia coinvolta l'impresa o della rilevanza di ciò che sia "*unfair*" in *contracts between non-business parties* ex art. II.-9:404³⁷).

Il processo di erosione del vecchio paradigma di funzionamento dello scambio è portato avanti da più formanti e il nuovo paradigma, ammesso non si sia ancora affermato del tutto, è destinato a rendere del tutto residuale il primo.

Conviene chiarire che quando si parla di nuovo paradigma dello scambio non si intende dire che ci siano discipline uniformi applicabili in via indifferenziata a tutti i tipi di

³⁴ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II, Giuffrè, 2015, 793 ss.

³⁵ Cfr. V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, (nt.19), 41.

³⁶ Si veda, da ultimo V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.

³⁷ L'art. II. - 9:404 (Meaning of "unfair" in contracts between non-business parties): In a contract between parties neither of whom is a business, a term is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and significantly disadvantages the other party, contrary to good faith and fair dealing.

transazioni, si intende solo dire che il modello economico che informa le scelte del legislatore (e dei diversi formanti) sotteso all'articolazione delle soluzioni è il medesimo.

Credo che, oggi, l'interprete che voglia interrogarsi su possibili estensioni analogiche di discipline non debba fare riferimento alla divisione contratti commerciali/contratti civili, né alla distinzione contratti di impresa/contratti fra pari non imprenditori, né alla dicotomia contratti Btoc/contratti Btob, ma debba piuttosto assumere come punto di riferimento i tipi di conflitti o, se si vuole, i tipi di asimmetria, e il modo in cui il legislatore ha visto e disciplinato gli stessi. Ci si accorgerà in tal modo che a volte il conflitto riguarda nello stesso modo tanto i consumatori quanto i professionisti – si pensi ai contratti stipulati fra un soggetto in posizione dominante e il cliente – e il legislatore coerentemente non opera distinzione alcuna fra i soggetti. A volte astrattamente il tipo di conflitto riguarda tanto i consumatori quanto i professionisti ma il legislatore ha scelto di operare delle distinzioni fra categorie di soggetti, si pensi ai problemi di asimmetria informativa e al diverso modo in cui vengono affrontati nella disciplina in tema di affiliazione commerciale e in quella contenuta negli artt. 33 ss. cod. cons. A volte l'asimmetria riguarda l'esperienza nella contrattazione e allora potrebbe sussistere anche in relazioni fra pari.

E allora, forse, conviene abbandonare la distinzione fra afferenti a un settore e afferenti ad altro settore nello studio dei contratti di scambio e decidere di concentrare tutti, civilisti e commercialisti, le forze per provare a comprendere meglio il nuovo paradigma, per disarticolarlo e per coglierne l'evoluzione.