

ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE

Rivista Telematica

ISSN 2282 - 667X

Sommario del numero 3 / 2015

SAGGI

Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)

Mario Libertini

Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale

Francesco Denozza

Il diritto commerciale, oggi: appunti

Paolo Montalenti

Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi

Marisaria Maugeri

La transposición en España de la directiva de daños antitrust

Carmen Herrero Suárez

Dell'innovazione vegetale tra metodi convenzionali e tecnologie genetiche: una nuova prospettiva di tutela?

Marianna Capitti

TEMI E DIBATTITI D'ATTUALITÀ

Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa: profili introduttivi

Carlo Ibba

Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento

Giuseppe Ferri jr

DIRITTO CIVILE E DIRITTO COMMERCIALE. IL METODO DEL DIRITTO COMMERCIALE IN ITALIA (II)*

MARIO LIBERTINI

SOMMARIO: 1. La fondazione della moderna dottrina giuscommercialistica nell'Italia della seconda metà del XIX secolo. La costruzione dell'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale. – 2. Alcuni punti critici della metodologia giuscommercialistica della generazione dei fondatori: il rapporto con il diritto civile. – 3. La sintesi giuspositivistica e statalistica (Alfredo Rocco). – 4. Gli anni '30: l'incontro con il diritto corporativo e le altre spinte modernizzatrici. – 5. L'unificazione dei codici e la costruzione di una nuova sintesi "ortodossa". – 6. Gli anni '50: il contrasto fra Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi. – 7. Dagli anni '60 in poi: la tendenziale chiusura specialistica del diritto commerciale. – 8. Dagli anni '70 in poi: tentativi di ripresa e incertezze sull'autonomia del diritto commerciale. – 8.1 L'idea di autonomia normativa del diritto commerciale come diritto delle imprese e dei mercati. – 8.2 La teorizzazione del diritto dell'impresa come "sistema ad attività", contrapposto al "sistema a soggetto" (Ferro Luzzi). – 8.3 La riscoperta della "lex mercatoria" e di un sistema giuridico caratterizzato da elasticità delle fonti (Galgano). – 9. Conclusioni. La validità del metodo commercialistico e l'unità del diritto.

1. *La fondazione della moderna dottrina giuscommercialistica nell'Italia della seconda metà del XIX secolo. La costruzione dell'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale.*

Vorrei ripercorrere, per grandi linee, la storia delle riflessioni che la dottrina commercialistica italiana, dall'Unità ad oggi, ha svolto sulla propria identità e sui propri metodi. Una storia tutt'altro che provinciale, che anzi si è sempre nutrita di un fitto dialogo con le contemporanee elaborazioni delle dottrine giuscommercialistiche francese e tedesca, ma che si caratterizza anche per un orgoglioso atteggiamento di autonomia rispetto ad esse.

Una storia che inizia all'epoca del trionfo della Pandettistica e che avrà sempre, nel confronto con il diritto civile, un passaggio ineludibile delle proprie riflessioni e proposte.

* Questo scritto costituisce una seconda edizione, rivista e integrata in qualche punto, di uno scritto già pubblicato in *Rivista delle società*, 2013, 1 ss. Il testo originario era stato predisposto come relazione al Convegno sul tema "Il diritto civile e gli altri", organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani, tenutosi a Roma il 2 dicembre 2011.

Guardando alla prima stagione di questa storia¹, quella che inizia dopo l'unificazione statale e l'emanazione dei primi codici, ciò che colpisce è l'atteggiamento orgoglioso della nascente dottrina commercialistica, nell'affermare e sviluppare la propria autonomia "giuridica" e "scientifica"². Quella dottrina si dichiara subito sicura di trovarsi sulla via maestra del progresso civile e giuridico, forse anche con un certo atteggiamento di superiorità professionale (è manifesta, negli scrittori di diritto commerciale dell'Ottocento, la sensazione di chi avverte di trovarsi ad affrontare problemi ben più importanti, per lo sviluppo economico e civile del paese, di quelli normalmente affrontati dai giuristi civilisti).

Questo atteggiamento era certamente inserito in una corrente di pensiero presente in tutta Europa, che aveva visto le trattazioni di diritto commerciale emanciparsi, nel sec. XIX, dalla commistione con la semplice tecnica commerciale³, ed aveva maturato anche la

¹ Naturalmente, si potrebbe andare ancora più indietro nel tempo. E' noto che, già fra gli studiosi del diritto comune, si compieva, fra il XVI e il XVII secolo, quella divisione di orientamenti metodologici che doveva portare i giuristi, nel trattare la materia dei traffici commerciali, ad opporsi al "processo di unificazione delle fonti del diritto nelle mani di un principe assoluto", difendendo invece la peculiarità dei modi di produzione della disciplina del commercio, basata sull'esperienza dei mercanti e direttamente sui bisogni economici [cfr. F. CALASSO, *Diritto (le basi storiche delle partizioni)*, in *Enc.dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 836-7]. Il richiamo alla natura delle cose come fonte di diritto, nella dottrina giuscommercialistica italiana della seconda metà dell'Ottocento (v. *infra*, nel testo), era il naturale retaggio di un atteggiamento culturale variamente diffuso in tutta Europa.

² La prima manifestazione di autonomia scientifica del diritto commerciale, in Italia può vedersi in G. MONTANELLI, *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, Pieraccini, Pisa, 1847. In quest'opera l'a. affermava la necessità di superare il metodo "empirico", che fin'allora aveva caratterizzato lo studio e l'insegnamento della disciplina, ed affermava con nettezza (v., in particolare, pp. 71 ss.) l'esigenza di superare la tradizione che attribuiva centralità al diritto romano-comune, trascurando di considerare che il "diritto civile" veniva così ridotto ad un insieme di materie e discipline residuali rispetto a quelle (M. indicava il diritto "pubblico, commerciale, giudiziario"), che erano particolarmente cresciute nel "diritto pratico moderno". Perciò M. auspicava una sintesi scientifica più ampia e moderna, caratterizzata dal superamento della dicotomia fra diritto civile e diritto commerciale (nel Granducato di Toscana, ove il M. viveva, insegnando a Pisa, i Tribunali speciali di commercio erano stati aboliti nel 1838).

Questo tema anticipava l'idea dell'unità del diritto privato, che diventò poi di grande attualità con la prolusione bolognese del 1888 di Cesare VIVANTE (*Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. Giur.*, 1887, 32 ss.). Vivante riconobbe al M. il primato nell'idea dell'unificazione del diritto privato, giudicando però il libro di M. "piuttosto metafisico, ma in questo punto abbastanza preciso ed efficace" (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*⁵, Vallardi, Milano, 1929, I, 23). Questo giudizio non era proprio infondato (anche se su di esso può avere influito la insistente professione di ortodossia cattolica, che pervade lo scritto del M.).

In questa prospettiva, il vero "manifesto" di inizio di una dottrina nazionale del diritto commerciale, orgogliosa della sua autonomia, può piuttosto vedersi in E. VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile*, in *Arch. Giur.*, 1870, 92 ss., ove i temi di metodo, riassunti nel testo, vengono enunciati con grande efficacia e con un maggiore spessore culturale (in un contesto che comincia a tenere conto anche degli sviluppi della dottrina tedesca e non solo di quella francese).

³ Vale qui la pena di ricordare che, se pure la formazione di una dottrina giuridica del diritto commerciale, di rango accademico pari a quello del diritto civile, sia fenomeno relativamente tardo, che matura nel XIX secolo, norme giuridiche riguardanti le attività economiche e commerciali sono, però, molto più antiche (v. il recente volume di M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione. Scambi, regole*, Il Mulino, Bologna, 2016),

così come molto più antico è il formarsi di una giurisprudenza commerciale. Solo che, per lungo tempo, questa esperienza giuridica non è stata accompagnata da una dottrina che se ne occupasse.

Ciò non può particolarmente stupire. In effetti, complesse esperienze giuridiche possono nascere e svilupparsi senza la presenza di una “dottrina” apposita, purché possano fondarsi su una base istituzionale (poteri riconosciuti, forze di polizia ecc.) e su una propria attività giurisdizionale. E’ un fenomeno che si verifica ancor oggi (p.e., in Italia, per ciò che riguarda il diritto interno delle singole Regioni).

E’ noto che, storicamente, la prima dottrina giuridica [(in senso tipico: come dottrina – o “scienza” – laica, caratterizzata da argomentazione razionale e dalla tendenza alla concettualizzazione) si manifesta storicamente nella civiltà romana (Capogrossi Colognesi, Schiavone)]. Ma è anche noto che quella esperienza si forma su un modello di diritto incentrato sull’idea di coesistenza di una pluralità di *patres familias*, ciascuno proprietario del suo patrimonio e portatore di libera volontà. Il fenomeno dell’impresa era estraneo a quell’orizzonte, ampiamente condizionato dall’ideologia aristocratica e antimercantile che orientava la cultura dell’epoca.

Tutto un filone di studi si è impegnato a dimostrare che, nel diritto di Roma, esistevano imprese e commerci e norme riguardanti questi fenomeni. Una sintesi aggiornata di questo filone di studi è in P.CERAMI, *Diritto commerciale romano*³, Giappichelli, Torino, 2010. Gli strumenti giuridici utilizzati furono principalmente la *societas* (con la variante quasi-capitalistica della *societas publicanorum*) e il *peculium* attribuito ad uno schiavo, che funzionalmente assolveva al ruolo di realizzare una responsabilità limitata nell’esercizio di determinate imprese (con possibilità che il “servo-manager” [Di Porto] divenisse anche strumento di gestione associata di determinate attività produttive). Sono ancor oggi aperte le discussioni sulla presenza o meno, nella Roma repubblicana e imperiale, di strutture giuridiche simili alle moderne società aperte al mercato dei capitali. Per la discussione sul punto, con conclusioni negative argomentate in base all’esistenza di ostacoli socioculturali, più che giuridici, v. A.M. FLECKNER, *Corporate Law Lessons from Ancient Rome*, in <http://corpgov.law.harvard.edu/2011/06/19>, che riassume le tesi svolte dall’a. nel volume *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Böhlau, Köln, 2010.

In ogni caso, anche se è difficilmente contestabile l’esistenza di imprese capitalistiche e di fiorenti commerci nella società romana, rimane notevole la considerazione che, nella miriade di fonti conosciute, sono poverissime (lo nota, da ultimo, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Il Mulino, Bologna, 2016) quelle che ci consentono di mettere in luce attività e liti giudiziarie nate nel contesto di quelle enormi opere pubbliche, o enormi forniture pubbliche, che furono realizzate in età repubblicana e, soprattutto, imperiale; e così pure può dirsi delle attività e delle liti giudiziarie sorte nel contesto del grande commercio d’oltremare.

Del resto, anche quando, nel Basso Medio Evo, si impone come fenomeno di prima grandezza uno *ius mercatorum*, non per questo nasce subito una dottrina giuscommercialistica dotata di dignità accademica. Questo fenomeno giunge a compimento cinque secoli dopo e – non a caso – quando la rivoluzione industriale ha sconvolto le coordinate della vita sociale precapitalistica, per sostituirle con quelle di un mondo economico e sociale in continuo sviluppo.

Il fatto non è casuale. La civiltà europea aveva da secoli interiorizzato l’idea che la *rule of law* sia elemento portante della civiltà e del progresso (anche economico), e ciò ancor prima della formazione degli Stati moderni. L’avvento degli Stati sovrani moderni ingloba l’idea, precedente, del primato della *rule of law*, dando luogo alla teoria dello Stato di diritto contemporaneo e al giuspositivismo. Ma altre idee, non statalistiche, di diritto, rimangono nel terreno di discussione della dottrina giuridica. In tale contesto, la dottrina giuridica (e quella che sarà chiamata costruzione dogmatica del diritto, e che spesso sarà ideologicamente ammantata del crisma della “scientificità”) appaiono come aspetti essenziali della moderna civiltà. Ma nello stesso contesto si ammette l’esistenza di una dimensione “pratica” del diritto, che vive di proprie regole consuetudinarie, amministrata da tribunali speciali, ma non può pretendere al rango di dignità “scientifica”. Il diritto commerciale si è sviluppato ed affermato, per secoli, in questa dimensione.

E’ solo nel corso dell’Ottocento che si avverte (come si accenna nel testo) l’insostenibilità culturale di una concezione che relegava ai margini dello scibile giuridico un insieme di istituti (dalla contabilità d’impresa, ai

qualificazione della disciplina – da parte dei suoi cultori - come componente più moderna dell’ordinamento. Questa corrente di pensiero aveva trovato la propria espressione più alta nell’opera di Levin Goldschmidt⁴, che aveva descritto la storia e i principi del diritto commerciale come diritto di formazione essenzialmente spontanea e tendenzialmente sovranazionale, sempre aperto alle innovazioni rese necessarie dal progresso economico. A questo quadro culturale i giuristi italiani aggiungevano, peraltro, una vena di orgoglio postrisorgimentale, nascente dalla consapevolezza di contribuire, con il loro lavoro di modernizzazione del diritto, alla costruzione di una grande nazione economicamente avanzata⁵.

In tale contesto, l’autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile venne teorizzata, dai giuscommercialisti italiani della seconda metà dell’Ottocento, lungo tre filoni diversi, che hanno lasciato radici più o meno profonde nella dottrina successiva:

- I) Il primo riguarda la teoria delle fonti. Su questo piano vi erano, com’è noto, differenze formali tra diritto civile e diritto commerciale, già sancite dall’art. 1 del codice di commercio, che attribuiva valore preminente agli usi commerciali rispetto alle leggi civili. La dottrina giuscommercialistica andava però oltre, individuando una fonte di diritto non scritta nella “natura delle cose”⁶: questa linea, affermata con vigore da Vidari continua, un po’ attenuata, con Vivante (che inserirà un capitolo sulla “natura delle cose come fonte di diritto” in tutte le edizioni del suo Trattato), e poi – in un momento storico in cui l’idea era divenuta eterodossa, con Asquini⁷ (che

titoli di credito, alle società di capitali, ecc.) che non avevano precise radici romanistiche ma, al contempo, rappresentavano assi portanti dell’economia del tempo e dell’eccezionale progresso che alla stessa si accompagnava.

⁴ La fondazione della *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* è del 1858. L’inizio della pubblicazione del trattato, con la grande narrazione storica (che fu tradotta anche in italiano) è del 1864.

⁵ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, 51 ss., 94 ss., ove è correttamente dato risalto alla figura di Cesare Vivante, come protagonista indiscusso di questa stagione culturale, e alla “*Rivista del diritto commerciale*” (fondata dallo stesso Vivante e da lui diretta insieme con Angelo Sraffa) che, dal 1903 in poi, e per quasi mezzo secolo, svolgerà un ruolo centrale come sede di dibattito della dottrina giuridica italiana.

⁶ Non è necessario approfondire sul piano analitico, in questa sede, la portata di questa proposta di articolazione delle fonti di diritto. Il punto è stato approfondito da L. PELLICCIOLI, *La “natura delle cose” nel diritto commerciale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2013, 601 ss., che mette in luce i limiti teorici dell’insegnamento di Vivante e di Asquini.

⁷ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921, 129 ss.

Si deve però ricordare che una corrente minoritaria della dottrina giuscommercialistica (v. U. MANARA, *Sull’odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo*, in *Circolo giuridico*, 1889, 83 ss.) sosteneva con vigore (con chiara professione di ideologia giuspositivistica) l’idea del primato della legge e l’importanza del metodo esegetico, diffidando dalle idee – ritenute astruse ed arbitrarie – di quei dottrinari che pretendevano di costruire un “diritto commerciale razionale” sulla base di ragionamenti economici o di richiami a norme di questo o quell’ordinamento straniero.

Questa corrente di pensiero, minoritaria a fine Ottocento, cominciò a prevalere con l’inizio del sec. XX. Notevole influenza ebbe, in proposito, A. SCIALOJA, *Le fonti e l’interpretazione del diritto commerciale*, in *Annali*

però riconosce ormai chiaramente la natura delle cose solo come fonte residuale). Dopo di allora, l'idea di un sistema di fonti proprio del diritto commerciale continuerà, in modo ormai isolato, con Lorenzo Mossa, per poi scomparire del tutto per decenni, dopo l'unificazione dei codici, ed essere infine ripresa, in tempi più recenti, con la riscoperta della *lex mercatoria* da parte di Franco Galgano.

- II) Il secondo tratto di autonomia riguarda il metodo di ricerca: la dottrina giuscommercialistica afferma che lo studio attento ed approfondito dei fatti economici costituisce base essenziale di ogni corretta costruzione giuridica. Questa idea, già presente in Vidari, è teorizzata in modo netto da Vivante⁸ e condivisa da tutti i giuscommercialisti del tempo.

Questa indicazione di metodo si innesta, nel pensiero della dottrina giuscommercialistica, su una precisa rivendicazione di differenza, rispetto al metodo civilistico. Si afferma l'idea secondo cui il diritto civile può accontentarsi di una visione del mondo fatta di individui proprietari, ciascuno portatore di libere volontà, e su questa base può elaborare le proprie costruzioni formalistiche. Il diritto commerciale no: esso ha bisogno di conoscere a fondo una realtà socioeconomica, in cui esistono asimmetrie e diseguglianze, e di elaborare costruzioni giuridiche che tengano conto dell'importanza della disparità di interessi e di poteri sociali, nonché dei fenomeni collettivi ed organizzati. E' questo un insegnamento che rimane costante nel tempo e che, tendenzialmente, viene recepito da tutti i cultori della materia (anche se, spesso, più a parole che nei fatti).

A questo insegnamento metodologico si collega, peraltro, un'altra caratteristica del diritto commerciale dell'Italia di fine Ottocento: l'impegno sociale riformistico, il rifiuto dell'accettazione acritica delle consuetudini e del diritto spontaneo e quindi l'impegno per una legislazione sociale

dell'Università di Perugia, 1907, che propugnava, anche per il diritto commerciale, una rigorosa teoria legalistica delle fonti (criticando aspramente, fra l'altro, F. Géný). Questo orientamento diverrà teoria ortodossa, generalmente ricevuta, con l'opera di Alfredo Rocco (*infra*, § 3).

⁸ Già sin dalla prima edizione (1893) del suo *Trattato*. Come si accenna già nel testo, questo orientamento metodologico non si traduceva nel rifiuto delle costruzioni dogmatiche, ma in un programma di costruzione di una dogmatica rinnovata, emancipata dalla subordinazione agli schemi concettuali romanistici ed attenta alla funzione socioeconomica degli istituti ("la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti"). L'indicazione di metodo si colorava, in Vivante, anche di forte significato deontologico ("Mi sarebbe sembrata una slealtà scientifica, un difetto di probità dettare la disciplina giuridica di un istituto senza conoscerlo a fondo nella sua struttura commerciale": cfr. *Ricordo delle onoranze tributate a Cesare Vivante pel suo 25° anno d'insegnamento in Roma il 2 febbraio 1908*, a cura del Comitato, Roma, 1908, 14).

Sull'importanza e l'originalità di questo insegnamento, anche in un contesto storico di grande rinnovamento della cultura giuridica italiana, qual era quello di fine Ottocento e inizio Novecento, v. ancora P. GROSSI (nt. 5), 52 ss. (ove è anche giustamente valorizzato l'"atteggiamento storicistico" di Vivante).

avanzata, anche a tutela del consumatore⁹. In tal senso si presta convinta adesione al principio del primato della legge sulla consuetudine (pur attribuendo alla “natura dei fatti” il ruolo sistematico integrativo di cui si è detto)¹⁰.

- III) Il terzo filone di autonomia attiene all’affermazione del diritto commerciale come diritto speciale sì, ma non eccezionale¹¹, con il conseguente riconoscimento della possibilità che le regole commercialistiche vengano sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile. Questa idea rappresenta un filone costante, un vero “filo rosso” della storia del diritto commerciale, anche se non

⁹ Testimonianze fondamentali di questo orientamento sociale e riformistico della dottrina giuscommercialistica dell’epoca sono le due prolusioni romane di Cesare VIVANTE (*I difetti sociali del codice di commercio*, in *La riforma sociale*, 1899, 25 ss.; *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, 1902, 345 ss.). Di notevole interesse, nella stessa linea di pensiero, anche la prolusione maceratese di Angelo SRAFFA (*La lotta commerciale*, Spoerri, Pisa, 1894).

Nella ricostruzione storiografica più accreditata (v. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell’Italia unita*, in www.lincci.it [2011], 9-10) i nomi di Sraffa e Vivante sono inseriti fra i protagonisti del riformismo progressista dell’epoca e la stessa visione eterodossa della teoria delle fonti (con il riconoscimento della “natura dei fatti” come fonte) viene letta come espressione di cultura giuridica progressista.

In realtà, penso che fra le due linee di pensiero non vi sia un’ispirazione comune: i programmi del socialismo giuridico invocano interventi legislativi correttivi di situazioni ingiuste esistenti (spesso legittimate anche dagli usi in vigore), mentre la “natura delle cose” è argomento più idoneo a legittimare soluzioni già affermatesi nella prassi degli affari (e quindi, per forza di cose, non sgradite ai maggiori centri d’interessi esistenti) che non a proporre correzioni di ingiusti equilibri già affermati.

Anche per quanto riguarda il collegamento della dottrina giuscommercialistica italiana con la corrente del socialismo giuridico, è stato giustamente notato (M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-75, II, 873 ss.) che esso si esaurisce rapidamente, dopo i primi anni del XX secolo. Da ultimo G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2007, 159, afferma – a mio avviso fondatamente – che “il Vivante più autentico non è tanto il riformista quanto il solidarista che resta comunque convinto dell’essenzialità del tecnicismo”.

¹⁰ Quest’ultimo atteggiamento appare “datato e discutibile” a M. STELLA RICHTER, *Cesare Vivante e il “mito di fondazione” della scienza del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 2014, I, 523 ss., nell’ambito di un saggio, serio e meditato, che bene illustra i meriti dell’opera scientifica di V., senza però condividere l’ammirazione anche sotto il profilo etico e civile, che la figura di V. ha suscitato in moltissimi cultori della disciplina del diritto commerciale (compreso chi scrive). A prescindere da questo profilo, noto soltanto che la critica che S.R. rivolge a V. (e cioè che la sua visione del diritto è “fortemente statalista e solo apparentemente liberista e pluralista”) è una critica che – se fosse fondata (il che è da dimostrare) – dovrebbe essere rivolta a tutta la classe dirigente liberale dell’epoca.

¹¹ L’idea della “eccezionalità” delle norme di diritto commerciale era stata invece diffusa in precedenza, non solo nella dottrina ma anche nella legislazione (dall’Olanda al Regno delle Due Sicilie). Ricorda M. CARVALE, *Perché mai il diritto privato è diviso in due campi, il civile e il commerciale? Le polemiche sul Codice di commercio nell’Italia liberale*, in C. ANGELICI e aa., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori – Sapienza, Milano, 2008, 82-3, che durante i lavori preparatori del codice di commercio del regno sabauda, il Consiglio di Stato giudicò la natura eccezionale delle norme di diritto commerciale “talmente ovvia da considerare del tutto superfluo un articolo che la dichiarasse esplicitamente”.

sempre può dirsi adeguatamente sviluppata nelle elaborazioni dottrinali. In ogni caso, su di essa si radicava la convinzione, divenuta luogo comune e mille volte ripetuta (anche da non commercialisti), che faceva del diritto commerciale il “pioniere” del diritto civile (convinzione che è stata, poi, fra le idee fondanti della codificazione del 1942).

2. *Alcuni punti critici della metodologia giuscommercialistica della generazione dei fondatori: il rapporto con il diritto civile.*

Questa orgogliosa rivendicazione dell'autonomia “giuridica” e “scientifica” del diritto commerciale poneva immediatamente, ai padri fondatori della disciplina, un problema di “regolamento di confini” con la sempre fiorente e prestigiosa dottrina giuscivilitica¹².

Come si è già ricordato, sono frequenti (e, si può dire, non cesseranno mai neanche in seguito) le accuse di formalismo, rivolte dai cultori del diritto commerciale alla dottrina civilistica. Tuttavia, non si realizza mai, nella dottrina giuscommercialistica italiana del primo Novecento, un attacco frontale alla metodologia giuscivilitica.

In particolare, il *Methodenstreit* che sconvolge la dottrina giuridica tedesca a cavallo dei due secoli, trova in Italia maggiore attenzione – accompagnata, peraltro, da una risposta molto conservatrice - nei filosofi del diritto e nei giuscivilitisti¹³, piuttosto che nei giuscommercialisti¹⁴ (salvo che, a cavallo degli anni '30, nel giovane Ascarelli: ma su ciò v. *infra*, § 4).

¹² Per ulteriori informazioni sul punto v. C. ANGELICI, *Il diritto commerciale nelle prolusioni*, in *Giur.comm.*, 2014, I, 1057 ss.

¹³ Nella dottrina civilistica, il “manifesto” di chiusura della disputa metodologica, con l'affermazione delle posizioni giuspositivistiche più conservatrici, favorevoli ad una teoria cognitivistica dell'interpretazione giuridica, può leggersi in G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv.dir.civ.*, 1927, 225 ss.

Tra i filosofi del diritto, prevalse invece una “assurda” (così possiamo dire, col senno di poi), ma politicamente significativa, teoria della doppia verità, che riconosceva la creatività della giurisprudenza da un punto di vista filosofico, ma contestualmente proclamava che il giurista positivo doveva continuare a sentirsi vincolato alle sue convenzioni “scientifiche”, idonee a dare certezza alle soluzioni affermate (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Sugli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Riv.ital. scienze giuridiche*, 1913, 41 ss.; O. CONDORELLI, *Il valore della filosofia nella vita e nella scienza del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1926, 129 ss.). A questa teoria della doppia verità aderì anche il giovane Ascarelli, nel suo scritto sulle lacune dell'ordinamento giuridico (1925), nel quale, peraltro, prendeva le distanze anche dalla teoria (ancora diffusa, a quel tempo, nella dottrina giuscommercialistica) della natura delle cose come fonte di diritto. La fragilità di questa posizione e il rischio che la stessa divenisse la base per l'affermazione di posizioni giusliberistiche fu pienamente avvertita da Scaduto, che non a caso, nel suo scritto di difesa della tradizione metodologica, sopra citato, polemizzava proprio con Ascarelli.

¹⁴ Fa eccezione, in parte, Antonio Scialoja (*supra*, nt. 5), che si poneva su posizioni rigidamente contrarie al giusliberismo. In un intervento successivo (A. SCIALOJA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv.dir.comm.*, 1928, I, 1 ss.), egli in qualche modo attenuò la propria opposizione, distinguendo fra “diritto

Nella dottrina giuscommercialistica dell'età vivantina rimangono punti fermi, pienamente approvati malgrado tutte le differenze di metodo sopra segnalate al § 1, i due capisaldi su cui si fondava la metodologia ortodossa civilistica italiana: da un lato la fedeltà alla legge (intesa come pieno rispetto della volontà, anche soggettiva, del legislatore: non accade mai che la “natura delle cose” sia invocata contro un preciso testo di legge); dall'altro la fiducia nella dogmatica concettualistica, intesa come scienza atta a definire ontologicamente gli “istituti” di cui si riteneva composto l'ordinamento giuridico¹⁵, che era inteso come un tutto organico, in cui le norme di legge apparivano come epifenomeni di una “natura giuridica” sottostante degli istituti relativi, di cui il giurista dogmatico si faceva carico di individuare e descrivere l'essenza¹⁶.

codificato” e “diritto vivente”, con una posizione metodologicamente un po' ambigua, simile a quelle teorie della “doppia verità” di cui si è accennato nella nota precedente.

In senso opposto, favorevole al “modernismo giuridico” si dichiarò Lorenzo Mossa (*Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1931), la cui posizione è giustamente valorizzata da P. GROSSI (nt. 5), 148 ss.

Diversi anni dopo, L. MOSSA, *Scienza e metodi del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1941, I, 97 ss., tentò di spiegare il silenzio della dottrina giuscommercialistica italiana nella grande discussione sul metodo, svoltasi in Europa nei primi decenni del secolo, asserendo che quella dottrina non aveva sentito il bisogno di teorizzare il proprio metodo, che essa sapeva ben praticare per tradizione (“*Quando una scienza giuridica ha bisogno di teorizzare i suoi metodi, è segno che essa non è più all'altezza dei suoi compiti*” [p. 99]); affermò anche che la dottrina giuscommercialistica non aveva avvertito il bisogno di impegnarsi nel *Methodenstreit* perché il metodo della giurisprudenza degli interessi “*era già il metodo del diritto commerciale*” [p. 121].

In questi giudizi di M. c'era una doppia forzatura ideologica: non è vero che i giuscommercialisti dell'Ottocento non avessero sentito il bisogno di esplicitare e giustificare i propri metodi; e non è neanche vero che avessero preso chiaramente le distanze dal concettualismo giuridico, contro cui si batteva la corrente metodologica che faceva capo alla “giurisprudenza degli interessi”.

¹⁵ Peraltro, fin dalle sue prime manifestazioni (sec. XVI), la dottrina italiana aveva cercato di realizzare una “*stretta integrazione tra le consuetudini del diritto commerciale e le categorie della dottrina del diritto comune*” (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 273).

¹⁶ Si può notare (col senno di poi), che i risultati di questo processo culturale non sono stati particolarmente brillanti: troppi sforzi vengono dedicati dalla giovane dottrina giuscommercialistica – e in modo non molto coerente con i propri assunti metodologici – a costruzioni dogmatiche fine a se stesse, come quelle in materia di titoli di credito (anche qui mi permetto di rinviare a M.LIBERTINI, *Premesse a una revisione della teoria unitaria dei titoli di credito*, in *Banca borsa e tit.cred.*, 1972, I, 192 ss.): una interminabile discussione teorica sulla “natura” dell'istituto, con la costruzione di una “teoria unitaria” dello stesso, per lungo tempo rivendicata dai giuscommercialisti italiani come il più originale contributo della loro disciplina allo sviluppo della teoria giuridica generale.

In realtà, l'originalità dell'esperienza giuscommercialistica stava nell'aver creato su base consuetudinaria, nei secoli precedenti, un sistema di deroghe alla tradizione romanistica, non solo in ordine alla cedibilità dei crediti, ma anche in relazione al principio “*nemo plus iuris transferre potest etc.*”; e nell'aver creato, contemporaneamente, un sistema “decentrato” di distribuzione dei rischi della circolazione delle risorse impiegate nei nascenti mercati creditizi e finanziari. Un sistema che oggi può apparirci “primitivo”, perché si fondava su una regola che accollava l'intero rischio di momenti di irregolarità nella circolazione dei crediti in capo ad un singolo operatore che, anche incolpevolmente, si fosse trovato con il “cerino acceso in mano” (p.e. avesse emesso una cambiale in pagamento di un'operazione poi non andata a buon fine); ma è difficile negare l'importanza che questo meccanismo ha avuto per lo sviluppo dell'economia capitalistica, così come è

Non è qui il caso si soffermarsi sulle aporie che si nascondevano (ma non sono sicuro che sia corretto usare il tempo passato) in questa metodologia ortodossa. Certo è che i giuscommercialisti dell'età vivantiana si professano sempre rispettosi del testo normativo e della definizione dogmatica della "essenza" o "natura giuridica" degli istituti studiati. Questa adesione di massima (non giungerei a dire "di facciata") alla metodologia ortodossa è stata forse anche un espediente per legittimare la dottrina giuscommercialistica come pari grado di quella civilistica, in quanto ormai in grado di sollevarsi dal mero empirismo e di attingere al piano dell'alta dogmatica giuridica (rimaneva poi sempre, in effetti, una prevalente attenzione per la realtà economica dei fenomeni studiati e per le novità normative, con una tendenza a limitare la dogmatica ad un ruolo, ricognitivo, che poi si affermerà nelle generazioni successive¹⁷: v. *infra*, § 6).

In questo clima culturale, la sfida alla metodologia ortodossa, che era implicita nelle posizioni di principio espresse dai principali cultori del diritto commerciale, e sopra riassunte nel § 1, finì per spostarsi su un terreno un po' ambiguo, che era quello della riforma della legislazione. Tema, anche questo, peraltro a quel tempo discusso in tutto il mondo, che vedeva molti fautori di una legislazione unitaria del diritto privato, in chiave di modernizzazione complessiva del sistema¹⁸.

In questa prospettiva, il tema del "codice unico delle obbligazioni", lanciato da Vivante nel 1888, divise la dottrina commercialistica dell'epoca in due partiti contrapposti: da un lato il "progressista" Vivante, dall'altro i (numerosi) "conservatori", fra cui i nomi più importanti furono (in ordine di età) Ercole Vidari ed Alfredo Rocco¹⁹. La discussione si chiuse (in certo senso) con un *revirement* di Vivante che, sulla scorta di una riflessione trentennale e dell'esperienza acquisita nelle commissioni governative formate per la riforma

difficile negare l'enorme distanza che la costruzione di questa disciplina rappresentava rispetto ai contenuti della tradizione giuridica romanistica, che pur continuava ad essere tendenzialmente considerata, nella cultura giuridica dominante, come *ratio scripta*. Ma gli sforzi dogmatici della dottrina miravano alla disperata ricerca di una "natura" del titolo di credito, che consentisse di inquadrare il fenomeno negli schemi concettuali di matrice romanistica, piuttosto che all'approfondimento dei profili funzionali della disciplina stessa).

Considerazioni in parte analoghe potrebbero farsi per lo sviluppo di altre discipline fondamentali del diritto commerciale, dalle procedure concorsuali ai contratti di assicurazione fino alle (storicamente più tarde, ma ormai pienamente affermatesi a metà dell'Ottocento) società di capitali.

¹⁷ Un certo distacco dal metodo concettuale-dogmatico è indicato, come segno distintivo costante della dottrina giuscommercialistica italiana rispetto alla dottrina giuscivilistica, anche da R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, I, 419.

¹⁸ V., p.e., D. TALLON, *Civil law and commercial law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII / 2, Mohr, Tübingen, 1976, che, fra gli esponenti di questa corrente di pensiero, all'inizio del sec. XX, cita (nell'ordine) Teixeira de Freitas, Huber, Molengraaff, Endemann e Vivante.

¹⁹ La discussione è riassunta in M. ROTONDI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. La questione del codice unico delle obbligazioni*, in *Mon. Trib.*, 1923, 705 ss. (che, negli anni successivi, rimase unico fautore della tesi dell'unificazione). Una accurata e completa ricostruzione recente di quel dibattito può leggersi in M. CARVALE (nt. 11), 81 ss.

del codice di commercio, si convinse anch'egli che *“la fusione fra i due codici avrebbe recato un grave pregiudizio al progresso del diritto commerciale”*²⁰.

Riesaminata a distanza di tanto tempo, quella discussione acquista un significato più profondo di quello che può risultare da una lettura esteriore del contenuto della polemica e degli argomenti addotti dalle parti.

Il programma del giovane Vivante era molto ambizioso²¹. Da un lato egli vedeva, nell'unificazione dei codici, la possibilità di emancipare la disciplina di diverse parti del diritto commerciale dal condizionamento, talora iniquo, degli usi e della stessa tradizione; in altre parole, la possibilità di realizzare un migliore equilibrio fra gli interessi delle imprese (i “commercianti”) e quelli dei lavoratori e dei consumatori. Dall'altro, egli vedeva nell'unificazione dei codici la premessa per l'unificazione dei metodi di studio del diritto privato, in una sintesi in cui la metodologica giuscommercialistica, della cui superiorità egli era certamente convinto, si sarebbe affermata come metodologia generalmente accettata in tutto il campo del diritto privato²² (c'era già, in altri termini, l'ambizioso programma di “commercializzazione del diritto privato”, di cui tanto si parlerà, anni dopo, a seguito dell'unificazione dei codici nel 1942).

Le ragioni degli oppositori erano soprattutto di carattere pragmatico: ad essi la proposta di Vivante appariva come una fuga in avanti; erano invece convinti che l'unificazione avrebbe portato alla prevalenza di rigide norme di stampo civilistico e all'egemonia dei

²⁰ C. VIVANTE, *L'autonomia del codice di commercio – Introduzione* alla V edizione (1929) del *Trattato* (nt. 1). In questa Introduzione, che V. accostava all'Introduzione “classica” (*“L'unità del diritto privato”*), che veniva anch'essa ripubblicata, V. affermava che il suo era *“un atto di conversione tanto più meritevole d'attenzione, che non è piacevole all'amor proprio di chi lo fa”*. Una prima versione dello scritto era stata pubblicata sulla “Rivista di diritto commerciale” nel 1925.

²¹ Come è stato più volte notato, questo programma “egemonico” traspariva fin dal titolo della *“Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”*, fondata da Sraffa e Vivante nel 1903, e divenuta, nei decenni successivi, una delle più prestigiose riviste giuridiche italiane (*“la più influente del primo trentennio del Novecento”*, come scrive P. GROSSI [nt. 5], 57), in cui scrissero molti prestigiosi esponenti di discipline diverse dal diritto commerciale.

V., in proposito, B. LIBONATI e aa., *La “Rivista del diritto commerciale” (1903-1922)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, 343 ss.

²² Nelle pagine finali della sua Introduzione I (*L'unità del diritto privato*) V. affermava (p. 24) che *“ora devonsi avviare sistematicamente gli studi in modo che quella fusione si prepari nella dottrina, rettificando, conciliando le teorie generali delle obbligazioni col diritto nuovo che sale dalla vita operosa dei traffici”* e ravvisava un ravvicinamento come già in corso nella più recente dottrina giuscivilistica del tempo.

Ma è ancor più significativo che in una lunga *Nota*, aggiunta all'Introduzione I dopo la conversione di cui si è detto, V. palesava il senso soltanto “tattico” della sua conversione e la sua fiducia in una futura egemonia del diritto commerciale nell'ambito della dottrina privatistica. Egli affermava infatti (p. 25) che con la modernizzazione economica, più che con le idee della dottrina, *“giungeremo ad avere in Italia un Codice che avrà solo il nome di Codice di commercio, con un rigoglioso contenuto di diritto comune raccolto in una sconnessa armatura di diritto professionale... finché il contenuto del Codice di commercio, divenuto un diritto comune, getterà all'aria l'involucro che oppone un ostacolo pernicioso al suo ampio sviluppo”*.

metodi formalistici del diritto civile anche nello studio dottrinale delle materie di diritto commerciale.

In sostanza, la disputa nascondeva due diverse strategie di espansione del diritto commerciale e della relativa dottrina: per i fautori dell'unificazione, i tempi erano maturi per affermare il primato delle regole e dei metodi del diritto commerciale; per i contrari, l'autonomia legislativa costituiva ancora, e avrebbe continuato a costituire per parecchio tempo, il necessario riparo per consentire alle norme e ai metodi del diritto commerciale di svilupparsi, senza il condizionamento che sarebbe potuto derivare dalla necessità di inquadrare ogni soluzione in regole più ampie di diritto comune; e di svilupparsi autonomamente non solo sul piano dei contenuti, ma anche su quello di continuo contatto con una prospettiva "internazionale", o comunque meno legata ai confini territoriali del diritto statale nazionale, nello studio della materia²³.

La "conversione" dello stesso Vivante a favore della tesi della dualità dei codici è un segno importante della maggiore ragionevolezza, almeno a quel tempo e sul piano strategico, delle opinioni contrarie all'unificazione.

E' notevole peraltro segnalare che, nel dibattito sull'unificazione dei codici, si dava comunque per scontato il superamento della giurisdizione speciale per le materie commerciali. I Tribunali di commercio furono aboliti nel 1888, quando erano ormai visti, dalla classe dirigente liberale (anche nella sua componente che esprimeva la cultura giuridica), come un residuo di tradizioni localistiche e corporative (gran parte dei giudici erano esperti non togati)²⁴; una sopravvivenza che intaccava i principi del primato della legge e dell'unità della giurisdizione. La giurisdizione speciale era vista, dalla stessa dottrina commercialistica, come un residuo di un passato in cui il diritto commerciale era relegato in una dimensione "praticistica", piuttosto che come uno strumento organizzativo potenzialmente decisivo ai fini dell'affermazione di nuove regole e principi²⁵.

Il fatto che poi la stessa unificazione dei codici sia avvenuta, per una decisione politica avulsa dal dibattito dottrinale sul punto (che, nel 1942, vedeva del tutto minoritaria la tesi dell'unificazione), ma che, una volta avvenuta, sia stata mantenuta con un consenso quasi generale (v. *infra*, § 5) conferma che tutta la discussione precedente non coinvolgeva vere ragioni di principio, né vere difficoltà di carattere strutturale (cioè inerenti alla struttura da

²³ Il grande punto di riferimento di questo ordine di idee era costituito dall'opera di Levin Goldschmidt, il cui primato intellettuale, nella dottrina giuscommercialistica europea, era riconosciuto dallo stesso Vivante, che a lui dedicava il primo volume del suo trattato (*"A Levin Goldschmidt che mi educò coll'alto esempio a trarre dall'intimità della storia il sistema del diritto vivente"*).

²⁴ Cfr. C.CIANCIO, *Mercanti in toga. I tribunali di commercio nel Regno d'Italia (1861-1888)*, Pàtron, Bologna, 2012.

²⁵ Una interessante coincidenza storica si verificò nella quasi contestuale creazione (1889) della giustizia amministrativa. E' perfino banale osservare come l'esistenza di una giurisdizione speciale sia stata la base su cui si è costruita, nel secolo successivo, la serie di norme e principi del diritto amministrativo, in un continuo e proficuo dialogo fra giurisprudenza speciale e dottrina.

dare ai testi legislativi). Il problema era (e sarà: l'unificazione del 1942 fornirà un test sperimentale sulla validità delle tesi che si erano battute nei due campi nel mezzo secolo precedente [v. *infra*, § 5]) quello della scelta della via migliore per la modernizzazione del diritto privato, nonché del peso relativo di diverse tradizioni culturali e accademiche.

3. *La sintesi giuspositivistica e statale (Alfredo Rocco).*

La chiusura (provvisoria) del dibattito sull'unificazione dei codici e sull'unità del diritto privato si accompagna, sulla soglia degli anni '30, ad una sistemazione dottrinale di sintesi che segna l'inizio della seconda fase del diritto commerciale contemporaneo in Italia. L'autore, a cui si deve questa sintesi e che pose le basi fondative di questa seconda, lunga stagione, è stato Alfredo Rocco²⁶. Il contributo storico di questo a. è assai importante perché egli rappresentò il punto di consolidazione e di chiusura della prima stagione della dottrina giuscommercialistica nell'Italia postrisorgimentale.

Nella prospettiva disegnata da Rocco, il monopolio statale nella definizione delle fonti di diritto non è più messo in discussione. Diritto civile e diritto commerciale appaiono dunque accomunati come due materie differenti e complementari, nell'ambito di un diritto statale unitario. Tuttavia, l'autonomia del diritto commerciale viene riaffermata sul piano del metodo.

In particolare, Rocco affermava che “*Lo studio scientifico del diritto commerciale implica quattro ordini di ricerche:*

1°) *lo studio tecnico ed economico dei rapporti sociali regolati dal diritto commerciale;*

²⁶ La strategia “normalizzatrice” era già presente in un impegnato scritto giovanile (A. ROCCO, *Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Hoepli, Milano, 1905, 537 ss.), in cui l'autonomia del diritto commerciale era presentata come espressione di una accentuata specialità di materia, che giustificava la possibilità di espansione delle regole al proprio interno, con una netta differenza di contenuti normativi sul diritto civile, cui si riconosceva però il primato sul piano sistematico. La teorizzazione definitiva dell'autonomia del diritto commerciale, da parte di Rocco, si ebbe nei suoi fondamentali *Principi di diritto commerciale* (Utet, Torino, 1928). A questo volume si riferiscono (p. 83 ss.) le citazioni contenute nel testo.

L'importanza di R. e dei suoi “*Principi*” nella storia della dottrina giuridica italiana del XX secolo è sottolineata da P. GROSSI (nt. 5), 247 ss., ove è dato anche giusto risalto alla pretesa dell'a. di contribuire alla costruzione di una scienza unitaria del diritto. G. sottolinea anche ampiamente l'ispirazione pandettistica delle costruzioni dogmatiche di R., ispirate ad una logica di normalizzazione della materia rispetto al diritto civile (definendo i “*Principi*” come “*uno splendido epicedio del dommatismo logico nel campo del diritto commerciale*”). A mio avviso, l'insegnamento di R. tendeva a mantenere un'autonomia forte del diritto commerciale, atta a garantirne lo sviluppo interno (egli fu infatti avverso all'unificazione dei codici). In questa prospettiva, la “normalizzazione” dogmatica assumeva un significato ambiguo (forse inquadrabile in un più ampio disegno di commercializzazione del diritto privato, ma certamente esposta al rischio di indebolire la stessa autonomia). Più in generale, sul ruolo svolto da R. v. anche A. VANZETTI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, in *Riv.dir.civ.*, 1965, I, 120 ss. (in commento all'omonimo libro di P. Ungari [1963]).

2°) *lo studio storico-comparativo... per nessun altro ramo del diritto, l'uso del metodo storico-comparativo è più interessante e proficuo..;*

3°) *lo studio esegetico delle norme del diritto commerciale positivo italiano;*

4°) *lo studio sistematico dei principî del diritto commerciale italiano, del loro coordinamento con le norme e i principî generali del diritto civile e coi principî generali del diritto positivo italiano. (...)*".

Il metodo del diritto commerciale era dunque incanalato sul terreno dell'ortodossia (esegesi dei testi normativi e successiva sistemazione dogmatica). Contemporaneamente, era però rivendicata una peculiarità metodologica consistente nella riaffermazione della necessità di un previo studio tecnico-economico della materia studiata e della valorizzazione del metodo storico-comparatistico.

Una volta accettata questa impostazione "normalizzatrice", il successivo passaggio era però quello di valorizzare la capacità espansiva di un diritto commerciale, pur così normalizzato: "*Chiamiamo ricerca sistematica o dogmatica quella che si propone di colmare le lacune della legge, desumendo, mediante il processo della estensione analogica, dalle norme scritte altre norme più generali non scritte, e stabilendo così principî e regole generali.... il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spesso bisogno di andare più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista... il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita quasi arcaiche... quanto più grande è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esse devono regolare... tanto più necessario diventa allargare l'indagine, fino a trovare principî e regole così generali, da servire anche per i casi non regolati... Il commercialista dunque deve, mediante un paziente lavoro di induzione, guadagnare concetti e norme generali, non solo nel campo del diritto commerciale propriamente detto, ma anche in quello del diritto civile e giungere perfino alla determinazione di principî generalissimi, comuni a tutto il sistema del diritto*".

Questa sintesi, rigorosamente giuspositivistica, era destinata ad avere successo e a divenire senso comune fra i giuristi, e in particolare fra i giuscommercialisti²⁷: essa dava una piena legittimazione di scientificità "normale" al lavoro da essi svolto (con ciò superando definitivamente l'antica accusa di empirismo specialistico), senza però mortificarne l'orgoglio disciplinare, perché continuava ad attribuire al diritto commerciale quel ruolo di "pioniere" del diritto privato, che con entusiasmo era stato tradizionalmente rivendicato, in mille occasioni.

In questa sintesi l'autonomia scientifica del diritto commerciale era fondata su un metodo (che era, per questo profilo, ancora quello tradizionale dell'età vivantina) caratterizzato dall'attento studio socio-economico della materia studiata e dall'altrettanto attento studio storico-comparatistico, inteso come strumento di ricerca delle soluzioni più efficienti, sia per il loro contenuto sia per i vantaggi (che oggi descriveremmo in termini di

²⁷ Ma non soltanto. Nel suo primo mezzo secolo di vita la "Rivista di diritto commerciale" acquistò un prestigio crescente, e così pure il metodo del diritto commerciale trovò professioni di adesione anche da parte di cultori autorevoli di discipline diverse. V., p.e., R. COSTI, *Redenti e il diritto commerciale*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2013, 1193 ss.

risparmio di costi transattivi) che possono venire dall'adozione di soluzioni tendenzialmente uniformi sul piano internazionale.

Questa rivendicazione dell'autonomia del metodo del diritto commerciale rimarrà nella tradizione disciplinare, anche se non sarà più teorizzata con convinzione, sopravvivendo quasi come un fiume carsico che riemerge talora, anche a distanza di molto tempo²⁸.

In sintesi, può dirsi che, per molti cultori della materia, questa ricostruzione dell'autonomia fu uno strumento culturale debole, che non riuscì a conservare un atteggiamento di effettiva autonomia, e tanto meno un programma di egemonia culturale.

4. *Gli anni '30: l'incontro con il diritto corporativo e le altre spinte modernizzatrici.*

Le potenzialità di sviluppo autonomo della metodologia giuscommercialistica, pur astrattamente ancora presenti nella sistemazione di A. Rocco, non corrisposero, come si è detto, all'effettiva costruzione di un orientamento dottrinale atto a sfruttarle. In altri termini, gli elementi unificanti, presenti nella sistemazione rocchiana, tendevano a prevalere sugli elementi di autonomia: la dottrina giuscommercialistica tendeva così ad omologarsi a quella civilistica, in un momento storico in cui quest'ultima, peraltro, era prevalentemente ferma ad un metodo dogmatico concettualistico.

Singolarmente, la denuncia forse più appassionata di questa involuzione della dottrina del diritto commerciale si legge nello scritto di un civilista (di grande ingegno): Enrico Finzi²⁹. Parlando del diritto commerciale dei suoi tempi, Finzi scriveva: “*la codificazione lo ha cristallizzato, e la sistematica lo ha ricondotto verso la grande corrente del diritto civile, nella quale sta già*

²⁸ Cito solo due esempi (di un altro, più significativo, riguardante l'opera di G. Santini, si darà conto *infra*, nt. 58).

Il primo è P. ABBADESSA, *Note sulla doppia circolazione dei titoli di deposito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1966, I, 308 ss., che muove – in coerenza con la tradizionale metodologia commercialistica, che richiede il previo studio socioeconomico della materia trattata - da un'accurata ricostruzione della prassi commerciale per giungere alla conclusione di un sostanziale svuotamento e della necessità di un'interpretazione fortemente evolutiva degli artt. 1790-1797 c.c. (evitando di impegnarsi in inutili discussioni dogmatiche sulla “natura giuridica” della fede di deposito e della nota di pegno).

Il secondo, molto più recente, è V. CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. Dir. societario*, 2012, I, 255 ss., che riprende (peraltro in modo convincente) il tradizionale argomento giuscommercialistico relativo al valore costruttivo dell'analisi storico-comparatistica.

²⁹ E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Annuario del R. Istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Firenze*, XI (1932/33), 1 ss.

La figura di questo giurista è stata giustamente rivalutata da Paolo Grossi (che lo ebbe come docente). V. P. GROSSI, *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, 19 ss. (“*Enrico Finzi: un giurista solitario*”); nonché P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Il Mulino, Bologna, 2008, 25 ss.

per confluire... La dogmatica.. ne ha precluso ogni forza di espansione dottrinale.. i giuristi.. non hanno saputo fare di meglio che comporlo ordinatamente nel sistema del diritto civile: quasi in una tomba...”.

La potenza letteraria di queste frasi segnala un sentimento profondo di delusione: il programma di modernizzazione del diritto privato, che l'ottimismo postrisorgimentale vivantino affidava ad un protagonismo dottrinale complementare ad un illuminato riformismo legislativo, appariva fallito³⁰.

Nell'Italia degli anni '30, che sentiva anche lo sconvolgimento provocato dalla crisi economica mondiale, una nuova generazione di giuristi guardò allora a nuovi programmi di modernizzazione del diritto, diversi da quello vivantino; in questa prospettiva, un diritto commerciale rinnovato apparve a molti la necessaria base per questa modernizzazione, che avrebbe dovuto investire parallelamente il sistema economico e quello giuridico.

Questo programma di rinnovamento si incentrò su due idee-forza³¹:

(i) quella per cui il diritto commerciale doveva abbandonare l'impostazione individualistica, incentrata sull'atto di scambio, e porre invece come elemento centrale di una moderna disciplina delle attività economiche la figura dell'impresa, concepita come organizzazione produttiva stabile³²;

³⁰ G. COTTINO, *Introduzione al Trattato – Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, vol. I, Cedam, Padova, 2001, 349, ha scritto che “*fu tutto sommato solitaria la voce critica di Cesare Vivante*”. Più che “solitaria”, direi “minoritaria”: malgrado l'indiscusso prestigio di cui V. godeva nella comunità accademica disciplinare, il suo impegno civile riformistico fu seguito solo da una minoranza di studiosi della generazione successiva, anche se, fra questi, vi furono proprio le due personalità di maggiore spicco, cioè Lorenzo Mossa e Tullio Ascarelli (v. *infra* nel testo).

³¹ Queste idee sono presenti anche nello scritto di E. Finzi, citato nella nota 29.

³² Questa impostazione, che, nella costruzione dei contenuti del diritto commerciale, portava dalla tradizionale centralità dell'atto di scambio (“atto di commercio”) alla nuova centralità dell'impresa come organizzazione produttiva (un vero e proprio “mutamento di paradigma”) è associata soprattutto al nome di Karl Wieland (il cui trattato inizia ad essere pubblicato nel 1921).

In realtà, come segnala C. ANGELICI (nt. 12), la proposta di sostituire, nello studio del diritto commerciale, il paradigma dello scambio con quello della “produzione” (e poi, nella stessa linea di pensiero, dell’ “impresa”), risale alla seconda metà dell'Ottocento (A. cita in proposito la prolusione di Leone Bolaffio del 1889 e poi ripercorre la storia dell'idea nei decenni successivi).

In ogni caso, l'idea della centralità dell'impresa trovò nella dottrina italiana, e in particolare nell'opera di Lorenzo Mossa (v. *infra* nel testo), uno sviluppo e un sostegno appassionato, che la posero al centro del dibattito, anche a livello internazionale (basti pensare che Wieland dedicò a Mossa una delle successive edizioni del suo trattato).

Un'interessante ricostruzione del percorso, che va dall'individualismo proprietario ottocentesco (dominante anche nella teoria giuscommercialistica del “commerciante” e degli “atti di commercio”), al superamento dello stesso nel periodo fascista, con l'affermarsi della teoria dell'impresa come istituzione, in un quadro di riconosciuto dominio statale (vicenda in cui l'a. indica come protagonisti Rocco e Mossa), fino alla ripresa di individualismo nel periodo postfascista, con la teorizzazione della libertà di iniziativa economica come libertà individuale e il rafforzamento della tutela di diritti individuali di consumatori ed azionisti, può leggersi in F.

(ii) quella per cui il diritto commerciale doveva prendere atto del superamento storico dell'impostazione economica liberista e della correlativa visione di un'economia di mercato in cui lo Stato fosse solo arbitro neutrale, ed accettare invece l'idea di un'economia diretta e controllata dallo Stato, con una tendenziale funzionalizzazione dell'impresa privata.

Questa seconda idea, che in Germania era già maturata da diversi anni, con la teorizzazione dell'autonomia disciplinare del *Wirtschaftsrecht* (da parte di J.W. Hedemann e altri), nell'Italia fascista degli anni '30 si incentrava sulla scoperta e sulla valorizzazione del diritto corporativo e portava a concepire un programma di costruzione del nuovo diritto commerciale incentrato sulla figura giuridica dell'impresa e su uno stretto intreccio fra diritto privato e diritto amministrativo³³.

Nell'ambito di questo filone di pensiero, insieme innovatore (per quanto riguarda i metodi) e ortodosso (per quanto riguarda l'adesione convinta al regime corporativo e allo statalismo dominante nell'ideologia del regime), i fermenti dottrinali degli anni '30 vedono emergere – con caratteristiche individuali proprie - anche la personalità forte ed eccentrica

MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 37 ss.

Per una ricostruzione completa del percorso della dottrina tedesca che, a partire dalla formazione dello *Handelsgesetzbuch* del 1897, aveva elaborato le nozioni giuridiche di impresa e di azienda, ponendole poi a fondamento della nuova disciplina del *Wirtschaftsrecht* e della nuova concezione del diritto commerciale come diritto dell'impresa, v., dello stesso F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L' "Unternehmen" nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 299 ss.

Per curiosità, si può ricordare anche il tentativo (avviatosi in Francia e in Belgio nella seconda metà del XIX secolo, con un seguito in Italia e nei paesi di lingua spagnola) di costruire una nuova partizione disciplinare, incentrata sul concetto di "impresa" o di "azienda", e chiamata "diritto industriale", contrapposta ad un "diritto commerciale", inteso come disciplina legata al paradigma dell'atto di scambio. La proposta (su cui v. M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, [1977], rist., E.S.I., Napoli, 2016, cap. I) non ha avuto successo per varie ragioni, fra cui soprattutto quella consistente nell'assorbimento della proposizione di base, e cioè nell'assunzione del paradigma dell'impresa da parte di una disciplina accademicamente ormai affermata, qual era il diritto commerciale.

³³ Una bella ricostruzione del clima del tempo, incentrata sulla ricostruzione del profilo intellettuale di alcune grandi personalità (Asquini, Ascarelli, Bigiavi, Mossa) è quella di G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur.comm.*, 2005, I, 5 ss.

A mio avviso, la migliore teorizzazione del programma politico-culturale descritto nel testo può leggersi in P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1934, I, 334 ss. (notevole per la sistemazione teorica dell'autonomia normativa delle regole di diritto commerciale e per l'accettazione esplicita di un'economia programmata dallo Stato).

Naturalmente, l'esponente più significativo di questo orientamento fu Alberto Asquini (di cui v., in particolare, A. ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1940, I, 509 ss.).

Notevole è anche A. CANDIAN, *Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1928, che teorizza il superamento dell'autonomia tradizionale del diritto commerciale nel quadro di una visione unitaria del diritto, in cui si valorizzano anche schemi amministrativistici. L'impiego di schemi giuspubblicistici, nella ricostruzione della disciplina dei poteri funzionali interni all'impresa, fu poi applicato da Candian nel volume *Nullità e annullabilità delle delibere di assemblea di società per azioni* (Giuffrè, Milano, 1942).

di Lorenzo Mossa: questi non si pone ufficialmente come oppositore del regime³⁴, ma contemporaneamente costruisce una sua visione del diritto commerciale, incentrata sull'idea di impresa e caratterizzata dall'idealizzazione della continuità storica della dottrina giuscommercialistica. In questa visione viene recuperato – in controtendenza con il giuspositivismo statalistico - il pluralismo delle fonti, colorato di forti spunti giusliberistici e, contemporaneamente, si esprime un forte impegno sociale (soprattutto a favore di lavoratori e consumatori), erede del vecchio socialismo giuridico³⁵. A questa impostazione metodica, molto distante dagli orientamenti correnti della dottrina civilistica del tempo, viene anche dato il nome di “metodo dell'economia”. In questa impostazione, la centralità dell'impresa (intesa come organizzazione produttiva stabile) era intesa in senso più forte di quanto poi sia accaduto con il codice del 1942, in quanto essa si estendeva fino allo studio dell'impresa come “comunità di lavoro”, allargando l'ambito della disciplina giuscommercialistica fino alla materia del diritto del lavoro (i cui rapporti si proponeva di sottrarre all'inquadramento civilistico tradizionale della *locatio operis*)³⁶.

Le idee di Mossa, spesso acute e brillanti³⁷, si inserivano tuttavia in una discutibile visione “continuistica” del diritto commerciale, che idealizzava una “genuina” scienza giuscommercialistica, sempre uguale a sé stessa ed autosufficiente (e quindi non bisognosa di fusioni con il diritto civile). In questo senso la posizione di Mossa era, peraltro, molto distante da quella vivantiana, che invece propugnava un assiduo dialogo con il diritto civile. Il programma culturale di Mossa finiva invece per essere non tanto un programma di egemonia, ma la premessa di un isolamento, che poi caratterizzò sempre più la posizione di questo studioso, negli anni successivi alla codificazione del 1942³⁸.

³⁴ La sostanziale indipendenza di Mossa dal regime fascista ebbe modo di manifestarsi peraltro, dopo l'entrata in vigore delle leggi razziali, con una nobile e coraggiosa azione di protezione degli studenti ebrei (v. G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Giuffrè, Milano, 2011, 186-7).

³⁵ Tra gli scritti principali di L. MOSSA, v. (oltre a *Scienza e metodi del diritto commerciale* [nt. 10]) *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1926, I, 33 ss.; *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1941, I, 439 ss.

³⁶ Cfr. L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale e il codice sociale*, in *Riv.dir.comm.*, 1945, I, 39 ss. (articolo chiaramente scritto, in larga parte, prima della caduta del fascismo). Questa tendenza dei giuscommercialisti di occupare il terreno del nascente diritto del lavoro non riuscì a vincere il confronto (ci si riferisce naturalmente alla fase storica antecedente la compiuta autonomizzazione della disciplina) con la parallela impostazione civilistica, facente capo a L. Barassi e poi a F. Santoro Passarelli. L'ultimo giuscommercialista che coltivò sistematicamente il diritto del lavoro fu Mario Ghidini (il cui corso di diritto del lavoro era ancora molto apprezzato negli anni Sessanta).

L'attenzione della dottrina giuscommercialistica per la materia del lavoro era comunque precedente all'opera di M.: per lunghi anni la “Rivista del diritto commerciale” era stata il principale luogo di svolgimento delle discussioni in materia (cfr. P. GROSSI [nt. 5], 97 ss.).

³⁷ Una giusta rivalutazione della teoria giuridica istituzionalistica dell'impresa di Lorenzo Mossa è stata di recente proposta da A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv.soc.*, 2008, 649 ss.

³⁸ Un grande apprezzamento dell'opera di Mossa, accompagnato da un equilibrato giudizio critico sui limiti della stessa, può leggersi in P. GROSSI (nt. 5), 190 ss.

Gli anni '30 vedono anche emergere un'altra grande personalità di studioso del diritto commerciale: Tullio Ascarelli. Questi, fin dai primissimi studi, aveva manifestato una spiccata sensibilità per i problemi giusfilosofici e metodologici, mai disgiunta dalla volontà di mantenere una forte identità di giurista positivo, nonché, in particolare, dalla volontà di affermare la propria continuità con la tradizione giuscommercialistica e, in particolare, con l'insegnamento di Vivante³⁹. Ascarelli è il primo giuscommercialista che supera, in relazione al problema del metodo, l'atteggiamento sostanzialmente autoreferenziale della tradizione disciplinare, e si inserisce, con piena dignità, nel dibattito metodologico generale (per di più, con una forte proiezione internazionale).

Il punto di maturazione della metodologia ascarelliana, che poi accompagnerà stabilmente la sua opera successiva, si esprime nella prolusione parmense del 1933⁴⁰. Qui compare già, in termini abbastanza chiari, il tema, fondamentale in A., della inevitabile autonomia del giurista-interprete, a cui consegue la teorizzazione del ruolo del giurista positivo come soggetto che può e deve cooperare allo sviluppo del diritto attraverso l'esercizio responsabile della funzione creativa insita in ogni attività giurisprudenziale. Si propone quindi un modello di giurisprudenza portatrice di propri giudizi di valore e consapevole del proprio ruolo e della propria responsabilità; un modello inconciliabile con quello proprio della metodologia ortodossa del tempo, ancorata all'idea della funzione puramente conoscitiva dell'interpretazione⁴¹. Della metodologia ortodossa A. rifiuta già allora i due canoni fondamentali: la necessità del rispetto puntuale della volontà del legislatore (anche se, nella metodologia ortodossa, di solito oggettivizzato e spersonalizzato)⁴² e il culto del sistema dei concetti giuridici, a cui era attribuito un

³⁹ Ascarelli tornò spesso, nei suoi scritti, sulla storia del diritto commerciale e della dottrina giuscommercialistica italiana. V., in particolare, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, II, 983 ss.

⁴⁰ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1934, I, 1 ss. (si noti la contemporaneità con lo scritto di P. Greco, sopra citato alla nt. 33, ma anche la diversità di prospettiva: A. è molto meno impegnato su problemi di politica del diritto contingente, non entusiasta del diritto corporativo, più sensibile al dibattito metodologico che si svolge in altri paesi, e attento soprattutto a riflettere, in generale, sulla funzione e sulla responsabilità civica del giurista positivo).

⁴¹ Ovviamente, le idee espresse da A. hanno diversi collegamenti con correnti di pensiero in vario modo presenti nella cultura giuridica europea. Da un lato è evidente l'influenza dell'idealismo filosofico (lo stesso A. più volte dichiarò il suo tributo alle idee del filosofo del diritto Max Ascoli), ma, più in generale, può dirsi che l'idea della necessità di conciliare il contributo creativo della giurisprudenza con un'adesione leale e convinta ai principi dell'ordinamento, che trovavano espressione nei codici, era stata ben rappresentata in una corrente, minoritaria ma consistente, del pensiero giuridico italiano, fin dalla metà dell'Ottocento (cfr. A. SPINOSA, *L'economia dei giudici moderni*". *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 40/2011, 747 ss.).

⁴² All'idea della rigida fedeltà alla legge A. sostituì quella della necessaria "continuità" con i testi normativi. Questa idea, che molti osservatori successivi, da Norberto Bobbio a Paolo Grossi, hanno giudicato un punto oscuro e debole della riflessione ascarelliana, rappresenta invece, a mio avviso, una profonda intuizione: quella per cui il "significato" dei testi normativi è sempre storicamente condizionato e non è altro che ciò che di tali testi pensa la comunità dei giuristi, a sua volta bisognosa di legittimazione e consenso da parte dell'ambiente sociale circostante. Questa idea, certamente collegabile allo storicismo idealistico crociano, che rappresentava

significato ontologico. Per di più, lo scritto introduce un parallelo – che sarà poi riproposto e sviluppato negli scritti successivi – tra formalismo interpretativo e conservatorismo politico.

Questo scritto proponeva una programma di rinnovamento della dottrina giuridica italiana, che riguardava certo il diritto commerciale, ma che, altrettanto certamente, non si limitava entro i confini disciplinari di questa materia. Il programma vivantino di egemonia era in certo senso ripreso, ma in una prospettiva culturale più ampia, ed anche più ambiziosa⁴³.

Com'è noto, le leggi razziali imposero ad Ascarelli di abbandonare, pochi anni dopo (nel 1938), l'Italia. Perciò egli non poté essere protagonista di quella svolta storica che fu rappresentata, subito dopo il suo esilio, dall'unificazione dei codici; anche se, tornato in Italia una decina di anni dopo, divenne immediatamente protagonista del dibattito degli anni '50 (v. *infra*, § 6).

5. *L'unificazione dei codici e la costruzione di una nuova sintesi "ortodossa".*

Com'è noto, l'unificazione dei codici fu il risultato di una scelta politico-ideologica di vertice, volta ad affermare il ruolo onnicomprensivo dello Stato e dell'ordinamento corporativo⁴⁴. Essa non corrispondeva ai programmi culturali della dottrina giuscommerciale dell'epoca, che era invece ferma all'idea di una specialità largamente rispettata e normalizzata, garanzia di una riconosciuta autonomia scientifica ed accademica. E' noto, peraltro, che contenuti normativi speciali, relativi all'impresa e all'impresa

la base filosofica dei ragionamenti ascarelliani, fu più volte ricollegata da A. anche alla tradizione talmudica. In questa prospettiva, l'argomentazione "in continuità" con i testi normativi non è puro gioco verbale, ma rappresenta – in quanto rivolta all'adesione razionale degli altri giuristi e dell'ambiente sociale in cui essi si collocano - un segnale di conferma dell'appartenenza ad una comunità storicamente data ed ai valori che la tengono unita.

⁴³ Nello stesso torno di tempo, un programma di rinnovamento fondato sul rifiuto di una dogmatica astratta e sulla valorizzazione del diritto comparato, era stato intrapreso da Mario Rotondi, che era rimasto uno dei pochi fautori dell'unificazione del diritto privato, in una prospettiva di modernizzazione dell'intero sistema di diritto privato (v. *supra*, nt. 19). Come coerente sviluppo di questo programma vi fu la fondazione della *Rivista del diritto privato*, che, fin dal titolo, denunciava il superamento dell'idea di specialità del diritto commerciale. Su di essa v. U. SANTARELLI, "Un illustre (e appartato) foglio giuridico". *La Rivista di Diritto Privato (1930-1944)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1987, 665 ss.

⁴⁴ La storia della formazione del codice civile unificato del 1942 è stata raccontata più volte. La ricostruzione più accurata è quella di N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano, 2003. In particolare, sull'unificazione dei codici civile e commerciale, v. R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990. V. anche E. MARCHISIO, *Sulle "funzioni" del diritto privato nella costituzione economica fascista*, E.U.M., Macerata, 2007; nonché A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Cedam, Padova, 2009, 136 ss. V. anche, in una prospettiva che supera l'interesse dello specifico istituto studiato, C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Cedam, Padova, 2008.

commerciale in particolare, furono mantenuti nel codice civile unificato, così ponendo le premesse per la conservazione, anche in futuro, di quell'autonomia scientifica ed accademica.

Il dibattito sull'unificazione dei codici fu vivace, immediatamente dopo la caduta del fascismo, e vide intrecciarsi il tema dell'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile con il tema della reazione all'unificazione forzata dai codici, voluta dal regime fascista. Quest'ultimo tema si svuotò ben presto di interesse, con l'affermarsi della convinzione che, tolti pochi orpelli di carattere politico, il codice civile del 1942 potesse essere pienamente accettato dall'Italia repubblicana⁴⁵. L'idea di un ritorno alla separazione fra codice civile e codice di commercio rimase così del tutto marginale.

Il dibattito si incentrò, invece, sull'autonomia "giuridica" e "scientifica" del diritto commerciale. Parecchi giuscommercialisti (p.e. Mossa, Valeri, La Lumia) affermarono che l'unificazione dei testi normativi non faceva venir meno un'autonomia di contenuti (per Mossa, anche di principi e di metodi), del diritto commerciale. Ma l'idea apparve ai più (certamente ai giusciviliisti, ma anche alla maggioranza dei giuscommercialisti⁴⁶) antiquata: l'unificazione dei codici appariva piuttosto come un fatto storico irreversibile, che comportava anche la necessità, per giusciviliisti e giuscommercialisti, di riconoscersi come impegnati in un lavoro comune di costruzione del nuovo diritto privato⁴⁷, in cui non potevano più riconoscersi principi e metodi diversi fra le due discipline. La sola autonomia riconosciuta al diritto commerciale era quella didattica.

Credo che il sentimento prevalente sia stato espresso, meglio di ogni altro, da Giuseppe Ferri⁴⁸, il quale osservò che:

⁴⁵ La vicenda può essere inquadrata nel più generale fenomeno di rimozione dell'eredità fascista, che caratterizzò (al di là dell'antifascismo ideologico ufficiale) la società italiana del dopoguerra e portò alla riabilitazione di quasi tutto il ceto accademico che maggiormente si era compromesso con il precedente regime. Nell'ambito della dottrina giuscommercialistica il ruolo di protagonista, in tale contesto, spetta ovviamente ad Alberto Asquini, sul cui profilo culturale e politica v. la pregevole monografia di C. MONTAGNANI, *Il fascismo "visibile". Rileggendo Alberto Asquini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

⁴⁶ Tanto da divenire prevalente presso la manualistica più accreditata. V., p.e., F. FERRARA jr. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*², Giuffrè, Milano, 2001, 16-7.

⁴⁷ E' interessante osservare i riflessi culturali che ha avuto la dislocazione "topografica" delle norme di legge. Se, da una parte, l'unificazione tra il codice civile e il codice di commercio portava a rafforzare l'idea dell'unità del diritto privato e a parlare di "commercializzazione del diritto privato" (pur nei due diversi orientamenti, che si è cercato di delineare nel testo), al contempo, la scelta di emanare un codice della navigazione separato portava ad una definitiva specializzazione della relativa disciplina. Il diritto marittimo, che era stato parte cospicua delle trattazioni ottocentesche del diritto commerciale, veniva, dopo il 1942, rapidamente espunto dalla manualistica e, ancor più, dai programmi di ricerca dei cultori del diritto commerciale. Probabilmente, l'ultimo giuscommercialista di prestigio che ha studiato, con impegno monografico, temi di diritto della navigazione, è stato Antonio Pavone La Rosa, con i suoi studi sulla polizza di carico degli anni Cinquanta.

⁴⁸ G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 1945, I, 96 ss.

Il ruolo personale di Giuseppe Ferri, nei lavori della commissione per la riforma dei codici, è ricostruito da F. TREGGIARI, *Di Giuseppe Ferri, dei codici e di altre cose commendevoli*, in *Riv.dir.comm.*, 1996, I, 455 ss.

(i) L'unificazione dei codici doveva ormai essere vista come un fatto compiuto, ed anche positivamente accettata per alcune modifiche normative che modernizzavano il sistema delle norme di diritto privato (la c.d. "commercializzazione del diritto privato");

(ii) L'unificazione non faceva tuttavia cessare l'autonomia scientifica della disciplina; anzi, essendo l'unificazione spesso avvenuta in modo artificioso, trascurando le differenze socioeconomiche (soprattutto per ciò che riguarda il tema centrale, costituito dalla disciplina dell'impresa), era compito della dottrina fare riemergere le differenze trascurate dal legislatore e costruire, in via interpretativa, soluzioni più adeguate alla realtà socioeconomica sottostante⁴⁹.

Nel programma culturale così delineato, il compito della dottrina giuscommercialistica, ancorché delimitato nel campo di un'autonomia scientifica e didattica, che non rivendicava diversità di principi e di metodi rispetto al diritto civile, rimaneva importante, e non certo confinato alla sola esegesi delle disposizioni del nuovo codice.

Questo programma poteva essere, peraltro, inteso in due modi diversi (e diversamente ambiziosi): da un lato era latente l'idea che la "commercializzazione del diritto privato", derivante dall'unificazione dei codici, non dovesse limitarsi al livello dei testi normativi, ma dovesse portare alla costruzione di una vera e propria comunità dottrinale del diritto privato, in cui i giuscommercialisti avrebbero accettato di perdere parte del loro tradizionale specialismo, per divenire giuristi "generalisti", investiti del ruolo di parte più moderna e propulsiva della dottrina giusprivatistica⁵⁰; dall'altro, la "commercializzazione del diritto privato" poteva essere intesa come semplice aumento del peso relativo delle norme di origine commercialistica, nell'ambito complessivo del diritto privato unificato, ferma

⁴⁹ Sull'attuazione di questo programma culturale, nell'opera successiva di G. Ferri, mi permetto di richiamare M. LIBERTINI, *L'impresa*, in *Giuseppe Ferri e il legislatore*, a cura di B. Libonati, Jovene, Napoli, 2009, 27 ss.

⁵⁰ Non è un caso che diversi giuscommercialisti della generazione più attiva negli anni dell'unificazione dei codici si dedichino anche all'insegnamento di Istituzioni di diritto privato, pubblicando i relativi corsi di lezioni (così lo stesso Ferri e Giuseppe Auletta), e costruiscano con impegno lavori monografici che affrontano temi propriamente "civilistici" (così Walter Bigiavi, con il libro sulla delegazione [1940], o Giuseppe Auletta con i libri sulla risoluzione per inadempimento [1942] e sulla revocatoria [1939], o Giorgio Oppo con i libri sull'interpretazione del negozio giuridico [1943] e sull'adempimento delle obbligazioni [1947]; già negli anni '30 c'erano stati, peraltro, gli studi di Tullio Ascarelli sulle obbligazioni pecuniarie e sul negozio indiretto). Si deve anche ricordare che un fenomeno speculare, benché di dimensioni minori, si verificava, in quel torno di tempo, nella dottrina civilistica: si pensi agli scritti di Francesco Santoro Passarelli sull'impresa o al volumetto di Gino Gorla sulle società [1942].

Qualche anno dopo, un giurista che aveva sempre coerentemente sostenuto la tesi dell'unità del diritto privato secondo l'antica ispirazione vivantina, poteva esprimere un giudizio totalmente positivo sull'unificazione legislativa, aggiungendo che, ormai, un diritto commerciale come complesso organico di norme non esisteva più (M. ROTONDI, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie*, in *L'unité du droit des obligations*, a cura di M. Rotondi, Cedam, Padova, 1974, 489 ss.).

Un giudizio non dissimile, anche se meno deciso, sull'effetto positivo della "unificazione di metodi" susseguita all'unificazione legislativa, fu espresso anche in seguito da G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv.dir.civ.*, 1993, I, 221 ss. (nonché in ID., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, 70).

restando poi la differenza dell'ambito di competenze di diritto civile e commerciale e la conseguente concezione del diritto commerciale come grande disciplina specialistica, all'interno del diritto privato⁵¹, senza pretese generalizzanti.

Nei decenni successivi, la dottrina giuscommercialistica si è mossa tra questi due poli, ma con una progressiva tendenza alla prevalenza del secondo (v. *infra*, § 7).

6. Gli anni '50: il contrasto fra Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi.

Ha scritto elegantemente Natalino Irti che “*All'inizio degli anni Cinquanta.. il diritto civile se ne stava in disparte, orgoglioso della propria tecnica e del proprio ingenuo positivismo*”⁵². In effetti, dietro questo atteggiamento stava una lunga storia, che occupa circa un secolo di cultura giuridica europea (1850-1950, orientativamente), in cui la dottrina del diritto romano-civile si era mossa nell'orgogliosa certezza del proprio primato culturale, maturato nella vita accademica dei secoli precedenti e rafforzato dal mito ottocentesco della “scientificità” della dottrina giuridica. Nella visione del diritto che sta alla base della dottrina civilistica di questo periodo, la centralità dell'oggetto di studio non sta nella realtà socioeconomica da regolare (come era stato nella tradizione metodica del diritto commerciale), ma nella centralità del testo normativo, che continua ad essere concepito, sostanzialmente, come *ratio scripta*. Questo ruolo trasmigra, nel tempo e nelle diverse esperienze storiche, dal *Corpus Juris* al codice civile, ma la centralità del testo (fortemente vissuta in analogia, più o meno consapevole, con le dottrine teologiche della “civiltà del libro”⁵³ cristiana) rimane. A questa impostazione di base si aggiunge la forte convinzione di potere tradurre tutto il diritto in un sistema concettuale coerente, idoneo a rivelarne l'intima struttura: il compito della dottrina giuridica non è più *ars boni et aequi* ma scienza, in senso forte.

Questo programma scientifico richiedeva peraltro, come presupposto ideale, una visione generale del mondo, e questa fu facilmente rinvenuta nell'individualismo proprietario, che aveva radici romanistiche ma rispondeva anche alla cultura dominante dell'Ottocento liberale: il diritto privato era concepito come un insieme di regole di coesistenza fra individui, titolari di diritti soggettivi e portatori di libere volontà; il contratto, come incontro di volontà fra individui volto allo scambio di beni e servizi, era il fulcro della dinamica giuridica.

⁵¹ Questa concezione meno ambiziosa fu, in certo senso, legittimata dallo stesso a., che alcuni dopo (G.FERRI, *Diritto commerciale*, in *Enc.dir.*, vol XII, Giuffrè, Milano, 1964, 928) scriveva: “*il diritto commerciale non è più un complesso di norme contrapposto al diritto civile, ma un complesso di norme compreso nel codice civile... il diritto commerciale è soltanto un complesso di norme che regola una speciale categoria di rapporti privati*”. Rimaneva però forte la rivendicazione di un'autonomia scientifica e didattica.

⁵² N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1297. Il compiuto quadro storiografico, su cui si innesta lo scritto più recente, citato nel testo, è in N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino, 1990.

⁵³ Il collegamento, presente in molte riflessioni di teoria del diritto, è sviluppato, in particolare, da A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto* (traduz. Ital.), B. Mondadori, Milano, 2006.

La grande esperienza dottrinale del diritto civile otto-novecentesco era, in realtà, minata da una profonda incoerenza: la pretesa scienza giuridica affermava contemporaneamente la propria fedeltà alla legge e una parallela fedeltà al sistema concettuale, cioè alla “dogmatica”, che era concepita come insieme di concetti generali, scientificamente “costruiti” mediante operazioni logiche, ma aspiranti allo statuto logico di definizioni reali. L’ambivalenza dell’idea di “codice”, che era vissuta insieme come simbolo dell’unità nazionale e come carta fondamentale, in cui erano depositati norme e concetti fondamentali scientificamente selezionati, teneva insieme questa costruzione culturale.

Questo “statuto epistemologico” della giusciviltà ne svelava una intrinseca debolezza, che avrebbe potuto portare al risultato di una marginalizzazione culturale, rispetto agli sviluppi del diritto applicato (come è avvenuto, nell’ultimo mezzo secolo, con il diritto romano).

Tutto ciò non è avvenuto: come si tornerà a dire più avanti, la dottrina civilistica si è affrancata dal rischio di chiudersi nel concettualismo e ha fatto tesoro della sua “cultura generale”, riuscendo a rinnovare temi e metodi, e mostrando una notevole vitalità, accompagnata però da uno spinto eclettismo.

Se però si torna al clima culturale degli anni Cinquanta del secolo scorso, si nota ancora, nella dottrina giuscommercialistica italiana, un’idea forte di superiorità metodologica, o almeno di maggiore modernità, rispetto alla dottrina giusciviltà. In quella stessa fase storica, la dottrina giuscommercialistica italiana fu dominata da due grandi personalità, Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi, in contrasto fra loro ma protagonisti sul fronte più avanzato della riflessione metodologica; quel contrasto certamente esprimeva il forte impegno “generalista” della dottrina giuscommercialistica del tempo (che, almeno per Bigiavi, si tradusse anche in una posizione di centralità nel mondo accademico, in ambedue i campi disciplinari).

Tullio Ascarelli aveva maturato, negli anni dell’esilio, a contatto con ordinamenti e culture diverse, le sue idee di fondo sul ruolo del giurista⁵⁴. Egli confermava l’idea del ruolo creativo dell’attività giurisprudenziale e sottolineava, insieme con il carattere strumentale e storicamente relativo delle categorie dogmatiche, la fecondità delle stesse sul piano dello sviluppo del diritto: da qui la sottolineatura della responsabilità dell’interprete nella scelta dei dati posti a base delle costruzioni dogmatiche, in quanto strumenti fondamentali del successivo sviluppo del diritto⁵⁵.

⁵⁴ Gli scritti di questo periodo sono raccolti in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

⁵⁵ Con questa posizione A. prendeva le distanze da quella prevalente nella dottrina giusciviltà (espressa, in particolare, da Pugliatti, nella discussione sui concetti giuridici della fine degli anni Trenta), che considerava le costruzioni dogmatiche frutto di sole operazioni logiche.

Questa impostazione teorica si inquadrava in una visione del mondo sostanzialmente ottimistica e progressista: al fondo della stessa c'era la fiducia in un programma di sviluppo moderato e costante dell'ordine sociale, in cui i giuristi erano chiamati a svolgere un ruolo responsabilmente attivo. Questo modello ideale fu messo a dura prova, per Ascarelli, con il suo ritorno in Italia⁵⁶. Negli scritti dell'ultimo decennio di vita è trasparente la delusione in lui suscitata da una dottrina giuridica che, di fronte ad una nuova Costituzione e ad un nuovo ordine politico democratico, appariva come chiusa in se stessa, teorizzava il disimpegno politico del giurista, mostrava scarso interesse perfino per l'esame della realtà economica sottostante alle elaborazioni dei giuristi (quello che era stato un punto d'onore della metodologia giuscommercialistica delle generazioni precedenti) e si chiudeva in una sterile alternativa fra la mera esegesi dei testi di legge e l'esercitazione virtuosistica sugli strumenti concettuali ricevuti dalla tradizione.

Di fronte a questa situazione, la reazione di Ascarelli non fu di chiusura pessimistica: egli avvertiva un isolamento culturale, ma reagì a questa situazione con una produzione scientifica quantitativamente enorme, spesso disorganica e ripetitiva, ma ravvivata da un grande spessore culturale e da un altrettanto grande impegno civile (abbinamento che la rendeva sempre affascinante): un punto centrale dell'insegnamento ascarelliano stava nell'esortazione ai giuristi di rendersi consapevoli dei propri giudizi di valore e di esplicitarli nei propri ragionamenti esegetici e nelle proprie costruzioni dogmatiche.

Le idee di Ascarelli divennero un passaggio obbligato nella riflessione metodologica di tutti i giusprivatisti italiani degli anni Cinquanta. Rispetto ed attenzione furono generali, ma la reazione prevalente fu, probabilmente, di diffidenza verso un insegnamento che (in parte riprendendo temi del *Methodenstreit* tedesco di mezzo secolo prima) metteva in discussione la "scientificità" della giurisprudenza e ne evidenziava l'intrinseca "politicità". Per molti giuristi, l'accento portato sulla creatività della giurisprudenza poneva le basi per un movimento centrifugo, che avrebbe minato la certezza del diritto e sminuito il ruolo della dottrina giuridica.

Bigiavi condivideva questa diffidenza e propugnava un metodo incentrato sul rigore esegetico e su costruzioni concettuali molto vigilate, stigmatizzando la "*solita contrapposizione della sintesi all'analisi, sulla quale fanno leva ad ogni piè sospinto coloro che non hanno voglia o pazienza o capacità o tempo di fare dell'analisi sul serio, senza la quale non v'è scienza degna di tal nome*"⁵⁷. Questo

⁵⁶ Su cui è importante la ricostruzione (e testimonianza diretta) di G. AULETTA, *Tullio Ascarelli*, in *Riv.soc.*, 1970, 493 ss.

⁵⁷ W. BIGIAVI, *Postilla metodologica*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1951, 160. Nello stesso scritto B. aggiungeva: "*Va da sé.. che io non ho mai inteso negare l'utilità dell'indagine sistematica... [bensì] bollare quella smodata tendenza a costruire il proprio sistema, che sembra dominare la mente di molti giuristi anche celebrati; dove poi.. quei c.d. 'sistemi' si riducono ad elucubrazioni senza capo né coda, allo sviluppo di metafore perplesse...*"; e concludeva affermando che "*non ci può essere sintesi proficua se non c'è stata previa analisi.. se l'analisi può prescindere dalla sintesi, questa, per essere fruttuosa o anche soltanto seria, non può prescindere dall'analisi*".

Già in W. BIGIAVI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Giuffrè, Milano, 1943, è chiaramente professata una concezione riduttiva della costruzione dogmatica, vista (in polemica con la tradizione

appello al rigore nell'analisi esegetica e nella costruzione sistematica si accompagnava ad una concezione altamente meritocratica del lavoro intellettuale accademico, che si traduceva anche nelle severissime recensioni pubblicate sulle riviste da lui dirette e in un impegno accademico assiduo ed efficace nelle vicende della selezione (allora molto elitaria) dei nuovi docenti di diritto civile e di diritto commerciale.

In coerenza con questo programma, Bigiavi polemizzò con Ascarelli solo su temi di diritto positivo più che sul terreno generale del metodo; per contro, Ascarelli allargò talora la prospettiva⁵⁸, anche se fu quasi riluttante a polemizzare direttamente con Bigiavi.

In realtà, non erano pochi i punti che accomunavano i due grandi giuristi: una visione ampia e “generalista” del diritto privato (caratterizzata dal superamento degli steccati fra diritto civile e diritto commerciale); il rifiuto di una concezione “ontologica” delle costruzioni dogmatiche e la conseguente concezione delle categorie giuridiche come sintesi comunicative di dati normativi ricostruiti mediante l'interpretazione; un'idea dello sviluppo del diritto che credeva nella centralità del ruolo della dottrina giuridica, più che nella capacità creativa della giurisprudenza⁵⁹; la proposizione di standard molto alti per la produzione dottrinale giuridica⁶⁰. Probabilmente, è anche corretto affermare che i due

dogmatica in materia di titoli di credito) come concettualizzazione riassuntiva di soluzioni normative raggiunte mediante l'esegesi e l'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni di legge.

Sulla figura di B. v. il commosso ricordo di F. GALGANO, *Ritratto di Walter Bigiavi*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1425 ss., volutamente tenuto su un tono aneddotico, ma in realtà ricco di appropriate riflessioni sul metodo dell'a. e sui termini del suo contrasto con Ascarelli.

⁵⁸ V., in particolare, T. ASCARELLI, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 527 ss.

⁵⁹ In questo senso Bigiavi (autore di un importante – e, per il tempo in cui fu scritto, molto originale - saggio sul “diritto giudiziario” [1933]) era più incline a valorizzare il ruolo della giurisprudenza applicata di quanto non fosse Ascarelli.

⁶⁰ Al fondo, i due giuristi rappresentavano “strategie” diverse, sul piano dell'organizzazione della ricerca giuridica. Per B. il metodo doveva essere rigoroso, fondato sulla fedeltà esegetica e sulla chiarezza sistematica; il progresso del diritto era affidato (anche) al progresso della scienza giuridica, che, a sua volta, si sarebbe dovuto fondare su una selezione accademica anch'essa rigorosa ed elitaria. Per A. il progresso era piuttosto affidato, illuministicamente, alla forza delle idee (nella specie, al fascino che avrebbe dovuto esercitare l'invito a costruire una giurisprudenza colta consapevole del significato politico delle sue proposte interpretative e civilmente impegnata). Minore attenzione e fiducia egli dedicava all'organizzazione accademica (fors'anche per qualche delusione personale provata, su questo versante, al suo ritorno in Italia dopo l'esilio: cfr. M. STELLA RICHTER jr., *Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla facoltà giuridica romana*, in *Riv.dir.comm.*, 2010, I, 693 ss.); talora, nei suoi scritti, compaiono spunti che appaiono influenzati dalle polemiche antiaccademiche di Benedetto Croce.

Ambedue i giuristi avvertirono poi il pericolo che, per lo sviluppo della dottrina giuscommercialistica (sia sul piano della qualità della ricerca, sia su quello delle idee professate), avrebbero rappresentato la pressione crescente dell'attività professionale privata e delle relative possibilità di guadagno. Questo messaggio fu espresso con l'esempio di vita personale (B., in particolare, fu professore “a tempo pieno” *ante litteram*) e, per quanto riguarda A., anche con l'importante scritto *Scienza e professione*, in *Foro it.*, 1956, IV, 86 ss. (poi in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959).

erano molto vicini pure sul terreno politico-ideologico, accomunati dall'adesione ai "principi del radicalismo politico liberale"⁶¹.

Le divergenze si incentravano sulla teoria dell'interpretazione, che rimaneva un processo cognitivo per Bigiavi, mentre era inevitabilmente creativa per Ascarelli. Sotto questo profilo, la superiorità teorica di Ascarelli appare oggi indiscutibile. Non si deve però pensare che la contrapposizione fosse fra un atteggiamento "conservatore" ed uno "progressista": sul piano delle soluzioni interpretative affermate, Bigiavi, nella polemica sull'imprenditore occulto, sosteneva tesi più moderne e "giuste"; ed Ascarelli fu, anche in altri campi (se pur non in tutti), un giurista "conservatore", poco incline a rompere soluzioni interpretative "consolidate" e prudente anche nelle proposte *de iure condendo*⁶².

7. *Dagli anni '60 in poi: la tendenziale chiusura specialistica del diritto commerciale.*

Ascarelli scomparve prematuramente, nel 1959; lo stesso accadde, non molti anni dopo (1968) per Bigiavi. In quello stesso torno di tempo si trasformava radicalmente il mondo culturale in cui essi si erano formati: l'organizzazione del mondo accademico perdeva il carattere elitario che l'aveva caratterizzata per circa un secolo (la libera docenza, il concorso a cattedra periodico con la terna, etc.) e si "democratizzava"; la legislazione – con l'avvio di un processo che, dopo di allora, è continuato senza sosta⁶³ – era sconvolta da continue novità, con conseguente perdita di centralità del codice civile; si riconosceva sempre più un ruolo centrale alla giurisprudenza, rispetto alla dottrina, nella formazione del diritto.

In tale contesto, il messaggio di Ascarelli e Bigiavi era rapidamente abbandonato. Credo che la generazione successiva della dottrina giuscommercialistica abbia avvertito come un peso insostenibile quel modello altissimo di giurista colto che i due autori – pur con linee non coincidenti – proponevano, ed abbia posto a sé obiettivi meno ambiziosi, abbandonando, fra l'altro, l'idea di potere svolgere un ruolo egemonico nell'ambito degli studi privatistici⁶⁴. Peraltro, l'urgenza degli impegni professionali e delle riforme legislative

⁶¹ Così G. ROSSI, *Riforma dell'impresa o riforma dello Stato?*, in *Riv. soc.*, 1976, 449.

⁶² Cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè, Milano, 2005, 1153 s.

⁶³ N. IRTI, "L'età della decodificazione" vent'anni dopo, in *Diritto e società*, 1999, 193 ss.

⁶⁴ F. d'ALESSANDRO *Relazione di sintesi, in 1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Giuffrè, Milano, 1984, 291 ss., ha notato acutamente la differenza fra il programma della "Rivista del diritto commerciale" (1903), caratterizzato dal sottotitolo "e del diritto generale delle obbligazioni", come a sottolineare una *vis expansiva* del diritto commerciale, e il programma della rivista "Giurisprudenza commerciale" (1974), destinata a divenire la rivista più rappresentativa della disciplina negli anni a venire, che reca come sottotitolo "Società e Fallimento", come a sottolineare la chiusura della disciplina nella gabbia dorata di uno specialismo, pur privilegiato dal doversi occupare di aspetti centrali della vita economica.

Altra caratteristica cruciale del programma culturale di questa rivista sta nell'attenzione rivolta soprattutto all'evoluzione giurisprudenziale: qui il distacco con la visione "titanica" della dottrina giuridica, espressa dai

imposte dalle direttive comunitarie, nonché la continua necessità di aggiornamento sui singoli temi alla luce dei dibattiti, soprattutto di matrice americana, spingevano la dottrina giuscommercialistica a chiudersi soddisfatta nei confini di uno specialismo di alto livello, senza più pretese di proporre metodi e modelli ad altri campi del diritto, e al diritto civile in particolare⁶⁵.

Contemporaneamente, il diritto civile italiano, che negli anni Cinquanta era – secondo la descrizione di Irti, sopra ricordata – appartato e fermo al passato, inizia ad essere percorso da fermenti innovatori della più diversa natura. Nel campo della dottrina giusciviltistica si propongono nuovi “paradigmi”: l’impiego della filosofia analitica, di cui fu protagonista lo stesso Irti; la “invenzione” dell’analisi economica del diritto da parte di Pietro Trimarchi (1961); la valorizzazione dello studio della realtà sociale e della storia delle idee, come base per le costruzioni giuridiche (Rescigno); l’affermazione di un “principio di effettività” come fondamento della norma di diritto positivo (Bianca, 1969; tesi che precorre la “riscoperta” della giurisprudenza come fonte di diritto, che avrà diversi sviluppi negli anni seguenti); la valorizzazione dei principi costituzionali e poi, più in generale, dell’argomentazione per principi e delle clausole generali (Rodotà, dal 1964 in poi;

grandi nomi della generazione precedente, è evidente. Essa si traduce anche nella scelta della rivista di non pubblicare recensioni di libri. Dopo la morte di Bigiavi, il genere letterario della recensione sparirà, sostanzialmente (anche se non del tutto nella forma), dalle riviste di diritto commerciale (per la verità, il fenomeno è presente anche in riviste dedicate ad altre discipline, ma forse nel diritto commerciale ha raggiunto livelli accentuati).

La centralità del “dialogo con la giurisprudenza” caratterizzerà anche l’altra, grande nuova rivista di questa generazione, “*Contratto e impresa*” di Franco Galgano; ma, in questo caso, in un quadro di apertura all’intero campo del diritto civile e commerciale (sul punto v. *infra*, § 8.3).

Come sintomo di una certa caduta dell’orgoglio disciplinare, che aveva caratterizzato la dottrina del diritto commerciale nelle generazioni precedenti, si può segnalare anche la circostanza che, nel 2003, il centenario della fondazione della “Rivista del diritto commerciale” sia passato inosservato.

⁶⁵ Riflettendo, all’inizio degli anni Ottanta, sulla dottrina giuscommercialistica italiana dei decenni successivi al codice, G. FERRI, *Esperienza scientifica. Diritto commerciale*, in *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, 17, osservava che la dottrina commercialistica aveva “*per lo più rivolto la propria attenzione a temi particolari o a problemi di settore*”.

Sostanzialmente sulla stessa linea, malgrado l’apparenza, il rapido giudizio critico di S. CASSESE, *La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2004, 375, secondo cui la dottrina “*commercialistica, dopo le ricerche di Tullio Ascarelli, si è esaurita nell’esame minuto di nuove discipline (ad esempio, attività finanziarie)*”. Questo giudizio suscitò una risposta polemica di V. BUONOCORE, “*La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi*” e il *diritto commerciale*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2005, 1 ss., che svolse una puntigliosa difesa d’ufficio dei contributi dati dalla dottrina giuscommercialistica del periodo. E’ comunque significativo che, in un autore colto come Cassese, si sia formato un giudizio non positivo sulla vivacità culturale di quella dottrina.

Si può aggiungere che non mancano altri segni del formarsi di una diffusa opinione in tal senso. P.e. A. JANNARELLI, *Intervento*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto – Atti dell’incontro di studio, Firenze 1996*, a cura di P. Grossi, Giuffrè, Milano, 1997, 84, mettendo a confronto la relazione giusciviltistica e quella giuscommercialistica, svolte in quel convegno (rispettivamente, da Luigi Mengoni e da Carlo Angelici), considera espressione tipica di un diverso approccio dei cultori delle due discipline la maggiore attenzione dedicata, rispettivamente, agli sviluppi della “scienza giuridica” e a quelli della pratica professionale.

successivamente, in una versione ancorata soprattutto alla valorizzazione dei principi costituzionali, Perlingieri); la valorizzazione della filosofia ermeneutica (Mengoni, 1976); infine, l'irruzione del marxismo e delle diverse aspirazioni ad un "uso alternativo del diritto", per fini di giustizia distributiva, di realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale e perfino di transizione al socialismo (Pietro Barcellona e altri, soprattutto negli anni Settanta⁶⁶).

Queste diverse proposte hanno dato luogo a spinte differenziate e non sono state sistemate in una nuova sintesi, generalmente accettata, né hanno portato ad un innalzamento generale della qualità della produzione dottrinale civilistica. Tuttavia, è innegabile che esse denotano una notevole vivacità culturale, che ha fatto sì che la successiva dottrina giuscivilistica si sia trovata sempre in prima linea nell'affrontare con impegno le novità legislative e giurisprudenziali, anche quando queste riguardavano temi che, in passato, si sarebbero fatti rientrare nella materia giuscommerciale (p.e. la disciplina antitrust, l'abuso di dipendenza economica, le pratiche commerciali scorrette).

Ciò ha posto le premesse per un rinnovato orgoglio disciplinare della dottrina civilistica⁶⁷, che contemporaneamente, con l'opera di Rodolfo Sacco, conquistava un duraturo primato, rispetto alla dottrina giuscommerciale, nell'ambito degli studi di diritto privato comparato.

Al confronto, la dottrina giuscommerciale sembra accogliere tali novità di rimbalzo, e senza duratura incidenza sui propri metodi. Gli spunti che vengono dall'ambiente culturale circostante danno luogo ad interventi di grande interesse, ma piuttosto isolati⁶⁸. Anche l'attenzione per l'analisi economica del diritto (che pur darà luogo

⁶⁶ Il clima culturale del tempo è ben rievocato nel volume *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Giuffrè, Milano, 2008. È interessante osservare che, in questo volume, un solo capitolo (a cura di M. Ricolfi: v. nt. 58) è dedicato al diritto commerciale; così pure, le riviste giuscommerciali non sono neanche considerate nel capitolo (a cura di C. Scognamiglio, p. 81 ss.) dedicato alle riviste giuridiche degli anni Settanta.

L. NIVARRA è ritornato su quella temperie culturale, di recente, con *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Giappichelli, Torino, 2015, sostenendo la tesi estremistica secondo cui i limiti di quel movimento di pensiero sarebbero consistiti nell'essere stato troppo poco anarcocomunista ed invece incline ad un riformismo statalistico.

⁶⁷ Un interessante "segno dei tempi" è la rivendicazione orgogliosa di un primato culturale del diritto civile, inteso come "diritto privato generale" e la proposta di una nuova terminologia, che definisce il diritto civile come "diritto primo", in contrasto con altre partizioni del diritto privato, definite come "diritti secondi" (cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir.priv.*, 2006, 397 ss.; in senso analogo, ma con terminologia più tradizionale, G. CIAN, *Il diritto civile come diritto privato comune*, in *Riv.dir.civ.*, 1989, I, 1 ss.). Per una critica a questa teorizzazione v. M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale". Appunti per una discussione*, in *Riv.dir.comm.*, 2006, I, 541 ss. Più di recente, S. DELLE MONACHE, *"Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa)*, in *Riv.dir.civ.*, 2012, I, 495-6, afferma che "il diritto commerciale non è affatto un diritto 'secondo', ma condivide la stessa natura del diritto 'primo', presentandosi come una parte del diritto privato generale".

⁶⁸ Così, la filosofia analitica ispira il brillante saggio di F. d'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, I, 251 ss. Il ruolo delle clausole generali e

a contributi interessanti, soprattutto in materia societaria e fallimentare) è piuttosto ritardata⁶⁹, e inficiata da qualche equivoco⁷⁰.

dell'argomentazione per principi è valorizzato da A. GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, in *Riv.dir.comm.*, 1967, I, 253 ss. Alla valorizzazione sistematica dei principi costituzionali è largamente ispirato M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Torre, Catania, 1977-9 [rist., E.S.I., Napoli, 2016] (nonché ID., *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, III, Cedam, Padova, 1979, III, 469 ss.; non va però dimenticato che scritti direttamente rivolti all'interpretazione delle norme costituzionali furono abbastanza frequenti nella produzione giuscommercialistica, a cominciare dal fondamentale scritto di Gustavo Minervini [1956] contro la funzionalizzazione dell'impresa privata).

Su altri due filoni innovativi, che hanno maggiormente segnato la dottrina giuscommercialistica, si dice più avanti nel testo.

Nello stesso periodo, anche il contributo dei giuscommercialisti al dibattito metodologico generale, che aveva visto Ascarelli protagonista negli anni Cinquanta, è solo sporadico. Si può ricordare F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1995, 20 ss. (che propone una originale versione, fortemente storicizzata e molto attenta al dibattito americano, delle teorie cognitivistiche dell'interpretazione); nonché M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, IV, Giuffrè, Milano, 1991, .. ss. (che propone una forma di giuspositivismo critico, ispirata alle idee di Tullio Ascarelli e di Umberto Scarpelli). Si deve anche ricordare G. VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*³, Cedam, Padova, 2008. E' rimasto invece vivo l'impegno dei giuscommercialisti italiani nel ripercorrere la storia della propria disciplina e nel riflettere costruttivamente sulla stessa. Oltre agli scritti di F. Galgano, su cui ci si soffermerà più avanti, e agli scritti di autori più giovani (che si sono soffermati soprattutto sulla storia della codificazione del 1942: v. *infra*, nt.), si deve segnalare la magnifica trattazione generale di G. COTTINO (nt. 30).

⁶⁹ Va ricordato però che proprio dall'ambiente disciplinare del diritto commerciale proviene una delle più significative trattazioni critiche della dottrina dell'analisi economica del diritto (F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002).

Inoltre, nello stesso torno di tempo in cui si affermava, a livello mondiale, il metodo dell'analisi economica del diritto di provenienza americana, fondato sulla pretesa di misurare scientificamente l'efficienza delle diverse soluzioni giuridiche mediante l'impiego delle tecniche dell'analisi economica neoclassica, un autorevole giuscommercialista italiano (Gerardo Santini) proponeva un suo metodo di esame della materia studiata (chiamato "economia del diritto"), fondato sul previo, approfondito studio delle tecniche affermatesi nella pratica degli affari e sulla valutazione di funzionalità (i.e. di efficienza) delle tecniche giuridiche impiegate per il raggiungimento degli scopi economici perseguiti dalle imprese. Questo metodo, che portò ad apprezzate trattazioni d'insieme (raccolte in G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Il Mulino, Bologna, 1988), si ricollegava chiaramente alla tradizione metodologica del diritto commerciale italiano (v. *supra*, § 1-2). La proposta di S. esprimeva un'esigenza di valorizzare i profili migliori di questa tradizione (di cui avvertiva il deperimento) e, contemporaneamente, proponeva un metodo di analisi economica del diritto fondato non sull'economia neoclassica, bensì sull'esame della prassi mediante categorie storico-sociologiche. La differenza metodologica con la *Le&E* (netta e potenzialmente importante) non fu però valorizzata dall'a. stesso, né dalla dottrina giuscommercialistica successiva, che ha sostanzialmente lasciato cadere la proposta di S. (che fu però molto apprezzata da G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1980, 1080 ss.).

⁷⁰ In particolare, l'attenzione verso il dato economico, caratteristica del metodo classico del diritto commerciale (v. *supra*, § 1) porta spesso a sottovalutarne le differenze con il metodo proprio della *Law & Economics*. P.e., S. CAPPIELLO, *L'interazione tra economia e diritto*, in *Economia per il diritto*, a cura di P. Ciocca e I. Musu, Bollati Boringhieri, Torino, 2006, 80-1, ravvisa la principale differenza – dopo aver ricordato le posizioni di Vivante e di Ascarelli – nel fatto che i giuscommercialisti del passato rimanevano strettamente giuspositivisti e non concepivano una "argomentazione orientata alle conseguenze", anziché incentrata sui testi normativi. In realtà, credo che sia Vivante sia Ascarelli fossero tutt'altro che contrari ad "argomentazioni

Un impatto maggiore ebbe, sulla dottrina giuscomercialistica, la ventata marxista degli anni Settanta⁷¹. Fra i protagonisti di questo passaggio culturale vi furono esponenti prestigiosi della dottrina giuscomercialistica, come Gastone Cottino e Franco Galgano. Quest'ultimo, anzi, anche per la sua capacità di organizzatore culturale, divenne forse il punto di riferimento principale di tutta la dottrina giuridica privatistica "di sinistra". Nella sua opera il marxismo non solo era dichiaratamente professato come strumento di analisi delle vicende storiche della materia e dei conflitti d'interessi in atto⁷², ma diveniva la base per un chiaro programma di politica del diritto, incentrato sull'idea del "governo democratico dell'economia"⁷³, che avrebbe dovuto investire tanto un profilo di democratizzazione dell'impresa, quanto uno di programmazione democratica dell'intero processo produttivo (idea, peraltro, presente in linea di principio nella legislazione di quei tempi).

Le idee di Galgano suscitarono un ampio dibattito, con diverse variazioni sul tema⁷⁴. Non si può dire, però, che la dottrina giuscomercialistica *mainstream* attribuisse ad

giuridiche orientate alle conseguenze" e che la differenza radicale con la *L&E* stia piuttosto nel fatto che essi concepivano il criterio della necessaria attenzione al dato economico come necessità di affrontare la materia studiata con attenzione alla tecnica industriale e commerciale e al dato storico e socioeconomico; del tutto assente era l'idea che l'analisi economica neoclassica (che Vivante, peraltro, non poteva neanche conoscere) potesse fornire risultati scientificamente oggettivi di misurazione dell'efficienza economica di questa o quella regola.

⁷¹ Il clima del tempo è ben ricostruito da M. RICOLFI, *L'impresa e il mercato*, in *Gli anni Settanta del diritto privato* (nt. 66), 199 ss.

⁷² Ciò, nello stesso tempo, avveniva in scritti di giovani cultori della disciplina (v. F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni. Le teorie giuridiche e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1974; F. FENGHI, *Leggi del capitalismo e diritto dell'impresa*, De Donato, Bari, 1974; E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Angeli, Milano, 1981), che si muovevano sul terreno della ricostruzione storico-critica della disciplina del diritto dell'impresa, ma rimasero marginali rispetto alla corrente principale della dottrina giuscomercialistica.

⁷³ All'effimera fortuna di questa formula contribuì un volume di aa.vv., così intitolato (De Donato, Bari, 1976). Fra i numerosi scritti di F. Galgano, che sostennero questo programma di politica del diritto, il più significativo è F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1974. Nello stesso tempo Galgano dava avvio (1977) al *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (Cedam, Padova), che riprendeva, per la prima volta dopo la caduta del fascismo, l'idea della necessaria complementarità fra il diritto pubblico dell'economia e il diritto privato delle attività commerciali, e la rivista di cultura politica "*Problemi della transizione*" (1979, Pratiche ed., Parma), incentrata sull'idea della costruzione, ritenuta già allora in atto, del nuovo modello di governo democratico dell'economia.

⁷⁴ M. RICOLFI (nt. 71) ricorda le critiche "da sinistra" (talora autorevoli, come quella di Guido Rossi) alle posizioni di Galgano; critiche che ponevano l'accento sulla possibilità di procedere ad una più radicale riforma in senso socialista dell'economia. Su un versante in certo senso opposto stava la posizione di chi scrive (anch'essa ricordata da Ricolfi, ed esposta soprattutto in alcuni scritti pubblicati proprio nel *Trattato* di Galgano), che tendeva a coniugare l'idea del governo democratico dell'economia con il modello di economia sociale di mercato, caratterizzato dalla normale presenza di imprese private in concorrenza effettiva fra loro e dalla tutela della concorrenza effettiva da parte dello Stato, con un'efficace politica antitrust. Lo stesso Ricolfi (p. 211) garbatamente mi rimprovera un'incoerenza, in questa posizione. Probabilmente, però, non c'era una vera e propria contraddizione. Il punto era che l'intervento correttivo dello Stato rispetto all'andamento "spontaneo" dei processi economici, come tale costituente componente essenziale dell'ideologia dell'economia sociale di mercato, veniva spinto verso approdi propriamente socialdemocratici, in cui allo

esse un peso centrale. Anzi, accadde che la polarizzazione in senso direttamente politico della riflessione del giurista, portasse la maggioranza dei cultori della materia ad astenersi da ogni digressione rispetto al “normale” lavoro esegetico-sistematico sui singoli temi trattati, e così ad accentuare la tendenza specialistica, già prevalente nell’esperienza disciplinare.

Un punto di svolta, all’inizio degli anni Ottanta, in concomitanza con l’avvio della rivoluzione neoliberistica nella politica mondiale e nella cultura economica e giuridica, fu costituito dal fatto che Galgano stesso considerò superata l’ideologia del governo democratico dell’economia, modificando radicalmente il proprio programma culturale (e pur rimanendo protagonista del dibattito: v. *infra*, § 8.3).

In quel momento la svolta della dottrina giuscommercialistica verso un alto e dignitoso specialismo apparve a molti definitiva.

Di questo sentimento si fece interprete, in un lucidissimo intervento, Floriano d’Alessandro⁷⁵. Egli osservò che l’idea di un’autonomia del diritto commerciale, come disciplina unitaria, era minata non solo dalla perdita di un referente normativo unitario (per via del processo di “decodificazione” in atto), ma anche da una scelta interna dei cultori della disciplina, che li portava sempre più a fermarsi su singoli aspetti della stessa (con un processo centrifugo che, partito dalla separazione del diritto marittimo, era proseguito con accentuate tendenze alla trattazione specialistica del diritto societario, di quello dei mercati finanziari, della proprietà industriale, etc.).

In questa situazione, veniva meno non soltanto la figura del cultore dell’intera disciplina, ma anche la possibilità stessa di tenere in vita quella costruzione identitaria forte della disciplina medesima, che in vario modo era stata un punto fermo nelle generazioni precedenti. Si chiudeva un ciclo, avviato nella seconda metà dell’Ottocento, e con esso l’idea di un diritto commerciale “pioniere” del diritto privato, nella costruzione di contenuti normativi e di metodi più moderni.

Suscita rammarico il rilevare che la sfida lanciata da d’Alessandro non abbia aperto, come invece meritava, un dibattito ampio. Le sue considerazioni mi paiono, per quanto riguarda la descrizione dei fenomeni in corso, difficilmente confutabili, anche a distanza di anni. Ciò non significa che esse giustifichino senz’altro una conclusione nel senso che nulla ci sia ormai da tenere vivo della tradizione culturale giuscommercialistica.

Peraltro, l’idea di una qualche autonomia del diritto commerciale, nel complesso della dottrina giuridica italiana, è rimasta ed è presente in diverse correnti di idee, su cui conviene ora soffermare l’attenzione, come momento finale della presente riflessione.

Stato si assegnava un potere generale di ultima scelta nell’allocazione delle risorse (così certamente andando ben oltre il modello originario di economia sociale di mercato, di matrice ordoliberal).
⁷⁵ F. d’ALESSANDRO (nt. 64).

8. *Dagli anni '70 in poi: tentativi di ripresa e incertezze sull'autonomia del diritto commerciale.*

Una sintesi delle riflessioni sul tema dell'autonomia del diritto commerciale nella dottrina italiana dell'ultimo (ormai non breve) periodo, può essere opportunamente preceduta da uno sguardo a come lo stesso tema è stato, nello stesso tempo, trattato nei paesi di cultura giuridica a noi più vicina. In proposito, mi sembra interessante notare che il dibattito in materia, che in Italia era stato vivacissimo fino all'unificazione, per poi declinare più di recente, ha avuto invece nello stesso periodo, all'estero, una certa ripresa di attenzione.

In estrema sintesi, mi sembra che le linee portanti della riflessione svoltasi fuori d'Italia siano due⁷⁶:

- (i) una linea (ben rappresentata soprattutto in Germania) tendente ad evidenziare la specialità contenutistica delle norme (qualificabili come) di diritto commerciale, rispetto alle norme di diritto privato generale, e quindi a mantenere in vita la dicotomia diritto civile / diritto commerciale come dato strutturale dell'attuale sistema normativo del diritto privato⁷⁷;

⁷⁶ Questo dualismo di orientamenti (definito come alternativa fra "autonomia sostanziale" e "autonomia formale" del diritto commerciale) è segnalato, anche con riferimento all'esperienza italiana dell'ultimo mezzo secolo, da L. SOLIDORO, *Appunti sullo studio storico del diritto commerciale*, in *Teoria e storia del diritto privato – rivista internazionale* on line, II/2009.

⁷⁷ Trattazione fondamentale, in questa prospettiva, è quella di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandel des Handelsrechts*, Müller, Karlsruhe, 1965, in cui la proposta ricostruttiva del diritto commerciale come diritto dell'impresa assume un valore pregnante, anche per l'adozione del metodo tipologico (v. *infra*, § 8.1).

Mi sembra significativo osservare che, a differenza di quanto era avvenuto nelle generazioni precedenti, la dottrina giuscommercialistica italiana non abbia dato immediata attenzione alle tesi di R., tanto che queste sono state divulgate in Italia, anni dopo, da un autorevole civilista (G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv.dir.civ.*, 1974, I, 524 ss.). Lo scritto di C. costituisce forse la punta più avanzata dell'orientamento volto a riaffermare un'autonomia del diritto commerciale su basi di specialità contenutistica, mediante l'individuazione di disposizioni di legge chiaramente dirette alle sole imprese o interpretabili come tali.

Gli sviluppi successivi del dibattito sull'autonomia del diritto commerciale in Germania, che sembrano peraltro ancora impostati soprattutto sul criterio della specialità contenutistica, sono riassunti in G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv.soc.*, 2008, 1 ss.

Si noti che, su un piano comparatistico, l'idea prevalente è, con ogni probabilità, quella del progressivo esaurimento dell'autonomia del diritto commerciale (cfr., p.e., D. TALLON [nt. 18], 145).

Non mancano, però, indicazioni di segno opposto. Un recente contributo (P. MÄNTYSAARI, *Organising the Firm. Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law*, Springer, Berlin, 2012) lamenta la mancanza di una valida teoria unitaria del diritto commerciale (inteso in senso lato) e ritiene che la ragione di ciò stia nella prevalenza di un metodo di indagine che parte dalle norme, anziché dall'esame della realtà socioeconomica. Propone, in alternativa, una teoria del diritto commerciale definito come "*Management-Based Commercial Law*" ed incentra la successiva ricostruzione (peraltro limitata al diritto societario) su un'idea di impresa come formazione sociale vocata alla propria sopravvivenza di lungo periodo, rispetto a cui le norme di diritto societario (o dei contratti etc.) devono essere analizzate come "strumenti" per la realizzazione delle

- (ii) una linea (nota come teoria della “nuova *lex mercatoria*”) tendente ad evidenziare la peculiarità dei modi di formazione delle norme di diritto commerciale (spontaneità consuetudinaria, sovranazionalità), in linea con la tradizione originaria del diritto commerciale, che questa linea di pensiero tende a presentare come un modello ancora vitale, riproponendolo come il più efficiente per l’economia sviluppata e “globalizzata” contemporanea⁷⁸.

Ambedue queste correnti di pensiero sono state riprese, con varianti, nella dottrina giuscommerciale italiana recente.

Talora il dibattito si è limitato all’obiettivo di delimitare nuovi confini razionali della disciplina, sulla base di meri criteri di specialità contenutistica⁷⁹. Questo tipo di interventi mi sembra di relativo interesse; non perché una razionale distribuzione delle materie sia di scarso significato, per un’efficiente organizzazione della ricerca e della didattica, ma perché, su questa linea, l’esito più plausibile sembra essere proprio quello indicato da d’Alessandro (cioè la frammentazione specialistica di quella che, per generazioni, era stata invece una disciplina unitaria). In ogni caso, il criterio puramente contenutistico nulla ci dice su ciò che, eventualmente, potrebbe giustificare ancor oggi un’autonomia in senso forte, fondata su peculiari principi o metodi.

finalità intrinseche dell’impresa. Questo contributo (che non ritengo destinato a grande avvenire) merita comunque di essere citato perché denota la vitalità, anche in una prospettiva comparatistica, del metodo “sociocentrico”, da sempre teorizzato nella dottrina giuscommerciale italiana, nonché la forza dell’idea secondo cui il diritto dell’impresa presenta una forte esigenza di trattazione autonoma rispetto a quella del diritto civile tradizionale (basato sulla centralità del diritto di proprietà e dell’atto di scambio).

⁷⁸ Della sterminata letteratura che ha sviluppato questo tema v., p.e., L.E. TRAKMAN, *The Law Merchant: the Evolution of Commercial Law*, Hein, Buffalo (N.Y.), 1983; una semplice introduzione al tema, incentrata sull’illustrazione delle idee di coloro che sono ritenuti i padri fondatori della teoria (C. Schmitthoff e B. Goldman), può leggersi in N.E. HATZIMIHAIL, *The many lives – and faces – of lex mercatoria: history as genealogy in International business law*, in 71 *Law and Contemporary Problems*, 169 ss. [2008].

Una variante notevole di questo orientamento può vedersi nell’opera di R.GOODER, *Commercial Law in the Next Millennium*, Sweet & Maxwell, London, 1998 (di cui esiste una traduzione italiana [Giuffrè, Milano, 2003]), che propone una meditata teoria dell’autonomia del diritto commerciale (inteso essenzialmente, secondo la tradizione anglosassone, come diritto dei contratti commerciali e dei titoli negoziabili) in un ambiente, come quello inglese, che tradizionalmente non aveva riconosciuto tale autonomia. Nella teorizzazione di G. un diritto commerciale efficiente richiede il riconoscimento di un’autonomia privata solo eccezionalmente limitata da norme imperative e di un’ampia discrezionalità giudiziaria (come è avvenuto nell’esperienza inglese), ma anche di un alto livello di prevedibilità delle decisioni e di una metodologia giuridica ispirata a criteri di *legal policy*, più che alla coerenza concettuale.

Anche per questo a. è interessante notare che le sue idee sono state divulgate, in Italia, da un attento civilista (G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 86 ss.).

⁷⁹ V., p.e., L. BUTTARO, *L’autonomia del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 2002, I, 421 ss., ove si sostiene che, dopo l’unificazione dei codici, tutta la materia del diritto delle obbligazioni è andata fuori dal diritto commerciale, che deve invece intendersi come diritto dell’impresa, comprensivo e delle norme di diritto privato e delle norme di diritto pubblico dell’economia.

Sotto questo profilo si possono però richiamare alcune linee di pensiero, che hanno ravvivato il dibattito sul metodo nella dottrina giuscommercialistica italiana, su basi autonome (cioè non dipendenti dal contemporaneo dibattito civilistico), a cominciare dagli anni Settanta del secolo scorso.

8.1. *L'idea di autonomia normativa del diritto commerciale come diritto delle imprese e dei mercati.*

Il primo filone di pensiero, in questa direzione, è quello che, sviluppando il criterio della specialità contenutistica, di cui si è detto poco fa, afferma che la specialità normativa dell'impresa costituisce una struttura portante (e latente) dell'ordinamento, anche dopo l'unificazione dei codici, per cui la sopravvivenza di norme speciali destinate all'attività d'impresa può essere ricostruita, in via interpretativa, anche in quelle materie in cui il legislatore non l'ha evidenziata ed ha invece dettato un testo normativo unitario. Può dunque giungersi ad interpretazioni differenziate di norme sui contratti o di norme sulla responsabilità, senza con questo necessariamente pretendere di sconvolgere il sistema delle fonti. L'idea è quella per cui l'interpretazione sistematica del diritto unificato deve tenere conto del fatto che l'impresa e l'individuo, nel sistema di principi e di valori presenti nell'ordinamento, hanno 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.

Questo orientamento è stato chiamato, con espressione sgraziata ma efficace, della "ricommercializzazione" del diritto commerciale⁸⁰. L'idea fondamentale è quella di attribuire all'autonomia normativa un valore non soltanto descrittivo di un insieme di disposizioni normative (come nelle opinioni sopra ricordate sub § 8), ma un vero e proprio valore "costruttivo": le norme del c.c., o altre norme generali, devono essere interpretate, ove occorra, in modo differenziato quando di esse siano destinatarie le imprese e quando invece ne siano destinatari individui proprietari non imprenditori. Il diritto commerciale è così configurato come "*un diritto speciale in senso 'forte', che equivale a un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi, capaci di applicazione analogica*"⁸¹.

Viene così ripresa la vecchia idea della *vis expansiva* delle norme di diritto commerciale e si propone un programma scientifico di costruzione di principi e norme propri del diritto dell'impresa. Punti di emergenza di questo programma sono la teoria dei contratti

⁸⁰ G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 141 ss.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca borsa tit.cred.*, 1984, I, 14 ss.; la stessa linea di pensiero è stata ampiamente sviluppata da V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, E.S.I., Napoli, 2006.

Ambedue gli aa. hanno avuto l'amabilità di citare, come precursore di questo orientamento, M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Giuffrè, Milano, 1971 (ediz. fuori commercio).

⁸¹ G.B. PORTALE (nt. 80), 11.

d'impresa, quella della responsabilità d'impresa, ma anche la stessa teoria dell'organizzazione d'impresa.

Nell'ultimo importante scritto metodologico sul tema dell'autonomia del diritto commerciale, Giuseppe Portale (che è stato, in certo senso, un *primus inter pares* nella disciplina accademica, nell'ultimo quarto di secolo), ha affermato orgogliosamente l'ormai maturato riconoscimento di un diritto dell'impresa come diritto speciale autonomo, nel sistema generale del diritto privato italiano⁸².

Personalmente, pur essendo in sintonia con questo orientamento, non sono sicuro affatto che il programma di costruzione di un diritto dell'impresa, diverso dal diritto dell'individuo proprietario, sia un dato acquisito, nel diritto italiano applicato⁸³. Per esempio, ancora troppe volte accade di vedere ragionare sulla "libertà contrattuale" dell'impresa (che è soltanto una modalità necessaria e quotidiana di articolare l'attività di produzione e offerta) allo stesso modo della libertà dell'individuo proprietario che, occasionalmente, dispone della sua casa o della sua auto o si associa etc. Così si continua spesso ad affermare l'eccezionalità dei limiti di legge alla libertà contrattuale dell'impresa, come se tale "libertà" fosse un valore in sé (come lo è la libertà dell'individuo di disporre dei propri beni personali), e non un semplice strumento dell'attività, da valutare in termini di efficienza produttiva ed allocativa e in termini di equità delle soluzioni⁸⁴.

Inoltre, credo che non si possa trascurare la circostanza che, anche sul piano delle prese di posizione dottrinali, la tesi della "autonomia del diritto dell'impresa" – nella formulazione sopra riassunta - non possa dirsi affatto unanimemente condivisa.

Si devono qui richiamare almeno due altri orientamenti dottrinali italiani, che, riflettendo sull'autonomia del diritto commerciale, si muovono in direzioni diverse (almeno in parte).

8.2. *La teorizzazione del diritto dell'impresa come "sistema ad attività", contrapposto al "sistema a soggetto" (Ferro Luzzi).*

Il primo di questi orientamenti si riconduce soprattutto all'opera di Paolo Ferro-Luzzi⁸⁵. In questa linea di pensiero l'autonomia del diritto dell'impresa è riaffermata con forza (e

⁸² G.B. PORTALE (nt. 80), 11 ss.

⁸³ Dev'essere però segnalata un'adesione di principio a questa indicazione di metodo da parte di S. DELLE MONACHE, "Commercializzazione" del diritto civile e viceversa, in *Riv.dir.civ.*, 2012, I, 489 ss. (con opportune indicazioni di possibili sviluppi applicativi).

⁸⁴ Mi permetto di richiamare, a questo proposito, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti e aa., Il Mulino, Bologna, 2012, I, 33 ss. (ove un tentativo di sviluppare la proposta costruttiva indicata nel testo e indicazioni dottrinali e giurisprudenziali sugli orientamenti ivi ricordati e criticati).

⁸⁵ Il testo fondamentale è, notoriamente, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971.

questo è un punto di contatto con l'orientamento precedentemente ricordato), ed è poi enunciato un programma di contrapposizione radicale alla tradizionale dogmatica di stampo civilistico: si sostiene infatti che la comprensione del diritto dell'impresa richiede categorie concettuali completamente diverse da quelle ricevute dalla tradizione⁸⁶.

In questa prospettiva, si sottolinea che il sistema tradizionale del diritto civile, incentrato sulla figura del soggetto proprietario e quindi sulla catena concettuale soggetto / diritto soggettivo / oggetto del diritto (sul piano statico) e sulla catena concettuale atto (fattispecie) / effetto giuridico (sul piano dinamico), è inadeguato a comprendere la realtà giuridica dell'impresa. Questa, infatti, è essenzialmente un'attività organizzata: l'attività non si riduce ad una catena di atti di disposizione individuali, e l'organizzazione richiede regole oggettive, che prescindono dall'identità dei singoli soggetti impegnati nell'organizzazione stessa. Per comprendere il diritto dell'impresa occorre dunque costruire un sistema concettuale diverso da quello tradizionale a base proprietaria ("sistema a soggetto"); un diverso sistema che viene definito come "sistema ad attività"; un sistema concettuale, si aggiunge, che supera sia la prospettiva del "soggetto", sia quella della "fattispecie".

Questa proposta teorica ha incontrato molto interesse ed alcune piene adesioni⁸⁷; nella letteratura più recente la coppia dogmatica ("sistema a soggetto" / "sistema ad attività") tende anzi a diventare luogo comune e ad essere utilizzata anche come argomento costruttivo⁸⁸.

L'insegnamento di F.L. trova a sua volta un ascendente nello studio di un autore di grande ingegno, precocemente scomparso (P. VITALE, *Contributo allo studio della partecipazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1965).

⁸⁶ Come è stato efficacemente scritto da uno dei principali esponenti dell'impostazione discussa nel testo, "Il senso di un codice di commercio, e più in generale di una costruzione del diritto commerciale, pare a me risiedere non tanto nel dato formale e classificatorio di una delimitazione di confini e di materie, e neppure in quello soltanto empirico della rilevazione di differenziazioni disciplinari, quanto, in termini ben più importanti e sostanziali, nella possibilità di una distinzione dei paradigmi per la conoscenza e concettualizzazione del materiale normativo [enfasi aggiunta]" (C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur.comm.*, 2010, I, 372-3).

⁸⁷ Cfr. C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, Laterza, Bari-Roma, 2003; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv.soc.*, 2002, 1 ss. (e *ivi*, in particolare, p. 24: "Il sistema del diritto commerciale.. si costruisce.. in funzione delle caratteristiche e delle istanze dell'attività oggettivamente considerata, oggi diremmo dell'impresa nel mercato, non in funzione del soggetto che ne risulta poi il centro di imputazione").

Più articolata la posizione di P. SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti associativi di Paolo Ferro Luzzi)*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, I, 143 ss., il quale esprime perplessità su alcuni profili teorici della proposta di F.L., e in particolare sulla possibilità di costruire concettualmente il diritto dell'impresa superando gli schemi logici dell'imputazione soggettiva e della fattispecie, ma contemporaneamente attribuisce a F.L. il merito di avere valorizzato, in modo originale, lo schema concettuale dell'impresa come realtà superindividuale e di avere incentrato su di essa la costruzione delle norme di diritto commerciale.

Ritiene invece che la centralità della figura dell'impresa, nell'elaborazione sistematica del diritto delle società, sia stata ben presente nella dottrina giuscommercialistica italiana, anche prima dell'opera di F.L., G. SCOGNAMIGLIO, *Tutela del socio e ragioni dell'impresa nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Banca borsa tit.cred.*, 2012, I, 1 ss.

⁸⁸ In qualche caso la contrapposizione viene impiegata a scopi *lato sensu* descrittivi, cioè per spiegare le supposte linee portanti delle scelte legislative. Per esempio, il passaggio, nella disciplina delle procedure

Credo che questa dottrina abbia il merito di rafforzare, e rendere più suggestivo, con la forza dei concetti (“sistema ad attività”), quello stesso messaggio, fautore della costruzione di regole diverse per l’attività di impresa e, rispettivamente, per l’individuo proprietario, che è presente nelle dottrine “autonomistiche” sopra richiamate (§ 8.1).

Allo stesso tempo, questa dottrina non sembra però condivisibile quando si presenta come radicale novità sul piano sistematico e della ricostruzione normativa. Di per sé, una concezione del diritto commerciale incentrata sull’idea di impresa (intesa come organizzazione produttiva stabile) era presente nella storia del diritto commerciale già dai primi decenni del sec. XX, e l’introduzione di questo modello nel codice del 1942 “*recava in sé un aspetto squisitamente funzionale; era, cioè, portatrice di poteri non collegabili alla volontà e agli interessi di un soggetto ma a esigenze oggettive dell’assetto economico*”⁸⁹.

La valorizzazione dogmatica dell’impresa dovrebbe dunque essere semplicemente vista come sviluppo coerente di scelte presenti nella legislazione, accompagnato da una rinnovata analisi storico-sociologica della materia da ricostruire normativamente. La dottrina esaminata subisce invece la tentazione, propria della vecchia dogmatica concettualistica (che era stata, invece, rifiutata dalle riflessioni metodologiche dei giuscommercianti italiani della generazione precedente), di formulare definizioni “reali” di “impresa” e di “sistema ad attività”, con il rischio conseguente di rilegittimare argomentazioni di tipo concettualistico nei ragionamenti giuridici⁹⁰.

concorsuali, dalla logica punitiva del vecchio fallimento a quella della conservazione dell’impresa (v. F. PENNAFINA, *La revocatoria fallimentare nei modelli di amministrazione straordinaria*, Cedam, Padova, 2010, 48).

In altri casi, la distinzione tra “sistema a soggetto” e “sistema ad attività” viene impiegata a scopi dichiaratamente costruttivi. Così, p.e., A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino, 2003, 68 ss. ricorre a questa impostazione per spiegare l’applicabilità, in linea di principio, della disciplina dell’impresa commerciale anche ad attività gestite da soggetti collettivi diversi dalle società (soluzione peraltro tradizionalmente affermata, anche senza il ricorso a questa concettualità); A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli, Torino, 2011, 199 ss., nel porsi il problema della estensibilità analogica della disposizione dell’art. 2497 c.c. sulla responsabilità della società *holding* alle persone fisiche che svolgano stabilmente attività di direzione e coordinamento di società, muove dalla professata adesione all’impostazione teorica ricordata nel testo per affermare che la disciplina dell’art. 2497 è una disciplina dell’attività e non del soggetto, e come tale estensibile a soggetti diversi da quelli espressamente menzionati dal testo normativo (conclusione che peraltro l’a. rafforza con un attento esame teleologico e sistematico della disposizione, senza limitarsi all’argomento concettualistico sopra ricordato).

E’ interessante comunque osservare che la coppia concettuale, ricordata nel testo, comincia ad essere usata come strumento euristico anche al di fuori degli stretti confini disciplinari del diritto commerciale (cfr. A. DI SAPIO, *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d’età portatori di handicap: un’esposizione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da P. Zatti – VI: *Tutela civile del minore e tutela sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, Giuffrè, Milano, 2012, 579 ss.).

⁸⁹ Così P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una post-fazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 473, richiamando le idee di L. Mossa (v. *supra*, § 3).

⁹⁰ Vedine qualche esempio nelle opere – pur valide, per molti aspetti – citate *supra*, nt. 88.

A mio avviso, un altro profilo di debolezza – su cui non ci si può soffermare a lungo in questa sede – riguarda proprio l’impostazione teorica del discorso di F.L., e in particolare l’assunto, ribadito con forza, di voler

Depurata da queste superfetazioni concettuali, la dottrina di F.L. costituisce comunque un valido e importante richiamo all'esigenza di un'elaborazione autonoma delle norme del diritto dell'impresa, non condizionata dal paradigma dell'individuo proprietario (per ciò che riguarda l'attività), né da quello del contratto di scambio, per ciò che riguarda l'organizzazione dell'impresa. Le potenzialità "costruttive" di questa linea teorica sono, a

costruire una teoria giuridica dell'impresa prescindendo dalle nozioni di "soggetto" e di "fattispecie". In proposito è stato giustamente osservato che *"l'analisi giuridica non può fare a meno di chiedersi quali regole si applicano, a quali condizioni e a chi"* (P. SPADA, Boutiquiers e Padri Costituenti, in *Negozianti e imprenditori* [nt. 8], 127). E' teoricamente insostenibile, in effetti, la pretesa di formulare enunciati normativi facendo a meno del *medium* logico della fattispecie, intesa come descrizione di dati di fatto a cui l'ordinamento ricollega una determinata rilevanza giuridica, e del "soggetto", come centro d'imputazione delle possibili qualificazioni deontiche di determinati comportamenti (dovere, diritto, interesse legittimo, potere etc.).

La pretesa di F.L. di superare la descritta impostazione si spiega con l'influenza su di lui esercitata dall'elaborazione civilistica (D. Rubino, A. Cataudella, R. Scognamiglio e altri) della dottrina della "fattispecie" come elemento di dinamica giuridica (i.e. "fattispecie" come presupposto del c.d. effetto giuridico) e dalla relativa discussione (molto vivace negli anni Sessanta, anche se intrisa, a mio avviso, di equivoci) sulla possibilità di qualificare il "negozio giuridico" come "fattispecie" o come strumento di valutazione di comportamenti. Rimane invece estranea alla ricostruzione di F.L. la teoria (oggi prevalente) della norma giuridica come periodo ipotetico (Kelsen, Bobbio), in cui per "fattispecie" si intende la prima parte del periodo stesso, consistente nella descrizione generale e astratta di determinati fatti (*"Se è A, allora.."*: c.d. protasi), contrapposta alla seconda parte, che descrive le conseguenze che l'ordinamento attribuisce al verificarsi dei fatti descritti (sanzione, premio o quant'altro: c.d. apodosi).

E' chiaro che, se si parla dell'impresa svolgendo un discorso giuridico normativistico, l'affermazione per cui l'impresa "non è fattispecie" è priva di senso. Se invece si usa il termine "fattispecie" come sinonimo di fatto giuridico semplice, produttivo di effetti determinati, l'enunciato assume un senso: è chiaro che l'impresa, in senso giuridico, non può essere assimilata ad un fatto giuridico semplice (come può essere, per esempio, un omicidio o una permuta), produttivo di effetti determinati. L'impresa, come attività organizzata, potrà descriversi giuridicamente come sistema complesso di norme, variamente coordinate fra loro. Ciascuna di queste, tuttavia, dovrà essere logicamente articolata in termini di distinzione tra fattispecie e disciplina. In questa prospettiva sarà inevitabile, in molti casi, parlare dell'impresa in sé come fattispecie (p.e. come presupposto per l'applicazione delle norme sulla concorrenza o sul fallimento). In questo senso rimane ineccepibile G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv.dir.civ.*, 1982, I, 109 ss.

Anche per quanto riguarda il superamento della figura del "soggetto", nel diritto dell'impresa, la critica di F.L. sovrappone una descrizione tipologica dell'impresa (cioè l'assunzione dell'impresa, come "tipo ideale" della realtà sociale, che dev'essere correttamente posto a base del ragionamento giuridico in materia) con la ricostruzione normativa analitica del diritto dell'impresa. Sotto il primo profilo il soggetto/individuo è solo componente di un'attività organizzata stabile (e non il "centro del sistema", come accade nell'individualismo proprietario che sta alla base della tradizionale dogmatica civilistica); sotto il secondo profilo (cioè al momento della ricostruzione dettagliata della disciplina normativa) non si può certamente fare a meno dell'individuazione di centri d'imputazione delle singole norme di cui il diritto dell'impresa si compone.

A mio avviso, il limite teorico della dottrina di F.L. può riassumersi nell'accusa di avere trascurato una rigorosa (e "normale") impostazione normativistica analitica del ragionamento giuridico, per privilegiare invece una strategia comunicativa di tipo "essenzialistico" (cioè volta a definire la "vera natura" dell'impresa, nell'universo giuridico). In questo senso è interessante osservare (v. sopra, nel testo) come tale dottrina, che a più riprese ha rivendicato un pieno distacco dalla dogmatica civilistica, appaia poi molto più influenzata dal metodo dogmatico concettualistico tradizionale di quanto possa dirsi della maggior parte della produzione dottrinale giuscommercialistica.

mio avviso, notevoli, e dovrebbero esprimersi soprattutto nella utilizzazione, nella ricostruzione sistematica della disciplina dell'impresa (e soprattutto della grande impresa) di moduli normativi elaborati nel campo del diritto amministrativo (disciplina dei poteri funzionali, procedimento, discrezionalità, ecc.)⁹¹.

8.3. *La riscoperta della "lex mercatoria" e di un sistema giuridico caratterizzato da elasticità delle fonti (Galgano).*

Una terza linea di pensiero, che attraversa la dottrina giuscommercialistica dell'ultimo quarto di secolo, vede ancora come protagonista Franco Galgano, che, all'inizio degli anni Ottanta, abbandona il marxismo e riscopre la *lex mercatoria* e, con essa, una concezione del diritto come insieme di norme di formazione spontanea, fatte soprattutto dall'azione costante della giurisprudenza e dell'autonomia privata, più che dal legislatore statale⁹².

Questo filone di pensiero, a differenza dei precedenti (che si muovono in una prospettiva più "domestica") si colloca in un movimento più ampio, di carattere internazionale, che ha portato alla teorizzazione della "nuova *lex mercatoria*" come diritto spontaneo e sovranazionale (i.e. non statale e non locale), adatto alle esigenze di mercati sempre più globalizzati.

Galgano si collega a questa corrente di pensiero, affermando con convinzione l'ineluttabilità del superamento del monopolio del diritto da parte dello Stato, e la centralità della fonte giurisprudenziale e di quella contrattuale nella formazione delle regole dell'economia globalizzata. Su questa via, egli giunge perfino ad aderire ad una forma di giusnaturalismo razionalistico⁹³ (che richiama la vecchia teoria giuscommercialistica della "natura delle cose" come fonte di diritto).

⁹¹ V. M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Il mondo nuovo del diritto – Per gli 80 anni di Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016 (di prossima pubblicazione).

⁹² F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993 (nelle precedenti edizioni l'opera era intitolata soltanto "Storia del diritto commerciale"). ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

Non è qui il caso di estendere i richiami alla sterminata letteratura formatasi sul tema "diritto e globalizzazione", salvo che per un richiamo a N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2001, a cui G. OPPO (*Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2001, 64) attribuì un'idea di distinzione fra diritto civile, come diritto radicato in uno spazio e diritto commerciale come diritto dell'economia, tendenzialmente spaziale (credo però che, nella riflessione di I., il problema della perdita di radicamento spaziale del diritto contemporaneo si ponga in una prospettiva generale, non legata a partizioni disciplinari).

⁹³ F. GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2010, 141 ss. V. però, nell'ultimo scritto di Galgano (*La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impresa*, 2012, 77 ss.), un riconoscimento dell'esigenza di porre dei limiti alla creatività giurisprudenziale.

Un tratto originale del pensiero di Galgano è che, al contrario di quanto può notarsi a livello internazionale, ove la teoria della “nuova *lex mercatoria*” è solitamente collegata a un’idea di forte autonomia del diritto commerciale (o addirittura ad una riscoperta di tale autonomia, in culture giuridiche che l’avevano superata da tempo), egli afferma decisamente che l’unità del diritto privato è un fatto storicamente acquisito e che non ha più senso coltivare un’autonomia, anche soltanto “scientifica”, del diritto commerciale⁹⁴.

Galgano è stato talora accusato di avere enunciato in modo troppo assertivo la propria adesione alle teorie “mercatoriste”, prestando scarsa attenzione all’accesso dibattito internazionale sul tema, che ha visto la dottrina dividersi in partiti avversi, rispettivamente favorevoli e contrari al riconoscimento della nuova *lex mercatoria* come autonoma fonte di diritto. Al di là della fondatezza o meno del rilievo⁹⁵, certo è che questo orientamento ha messo in luce un grande fenomeno di formazione di diritto extrastatuale, proprio del diritto contemporaneo. L’entità del fenomeno è innegabile. A fronte di ciò, gli argomenti degli avversari della teoria della *lex mercatoria*, sia quando affermano il permanente peso della sovranità statale⁹⁶, sia quando sottolineano la portata settoriale della *lex mercatoria* (in quanto tendenzialmente limitata ai grandi contratti internazionali)⁹⁷, sia quando sottolineano che la *lex mercatoria* non è mai stata vera consuetudine ma ha sempre avuto necessità di sostegno da parte del potere giudiziario ufficiale⁹⁸, mettono in luce aspetti senz’altro veri, ma lasciano intatto il problema valutativo.

Su questa linea si muove ancor più decisamente un autore molto vicino a Galgano (G. PANZARINI, *Il diritto naturale come fonte del diritto*, Cedam, Padova, 2009, con molte informazioni sui filoni giusnaturalistici presenti nella cultura giuridica, anche contemporanea).

⁹⁴ Espressione di questo programma culturale è la rivista “*Contratto e impresa – Dialoghi con la giurisprudenza*”, fondata da Galgano nel 1983, e divenuta poi rapidamente una delle principali riviste giuridiche italiane. La rivista, che già dal titolo denota la particolare attenzione al diritto di formazione giurisprudenziale e contrattuale, in coerenza alle contemporanee elaborazioni di G. in materia di *lex mercatoria*, tratta, senza confini prestabiliti, l’intero campo del diritto privato (con una preminente attenzione, potrebbe dirsi, verso temi di diritto privato generale).

E’ interessante notare che Galgano, quasi a confermare questa scelta di superamento dello specialismo giuscommercialistico, concluse la sua carriera accademica come professore di diritto civile, dopo averla iniziata come professore di diritto commerciale. Coerentemente, la scuola da lui formata in questo periodo è caratterizzata dalla capacità di occuparsi di temi tradizionalmente classificati nell’ambito di ambedue le discipline (v., in particolare, la produzione di Massimo Franzoni).

⁹⁵ Non può negarsi che, nello stile comunicativo di G., l’esigenza di costruire ed affermare le proprie idee prevalesse spesso su quella di confutare analiticamente le opinioni che egli riteneva superate o poco interessanti. Altrettanto innegabile è, tuttavia, che nessun altro giurista italiano della stessa generazione ha proposto e diffuso tante idee quanto lui, né le ha sostenute con la stessa, esemplare chiarezza, così stimolando il successivo dibattito.

⁹⁶ V., per esempio, M. RESCIGNO, *Lex mercatoria*, in *Treccani.it – XXI secolo* [2009].

⁹⁷ V., per esempio, C. ANGELICI (nt. 87).

⁹⁸ V., da ultimo, E. KADENS, *The Myth of Customary Law Merchant*, in *90 Texas Law Review*, 1153 ss. [2012], che afferma che la teoria della *lex mercatoria* (costruita, secondo la ricostruzione dell’a., da una serie di studiosi comprendente, in ordine cronologico, L. Goldschmidt, W. Mitchell, B. Goldman, H. Berman, L. Trakman, B. Benson) ha carattere prettamente ideologico: una consuetudine mercantile uniforme internazionale non

Questo si incentra su una delle grandi opzioni ideologiche del nostro tempo (spesso ricondotta, in modo semplificato, al contrasto fra Hayek e Keynes): nel campo del diritto si propone il tema della scelta fra il primato del diritto di formazione “spontanea” (quindi anche contrattuale o giurisprudenziale) con un ruolo soltanto correttivo e integrativo della legislazione (oltre che una concezione elastica del sistema delle fonti), e il primato del diritto di formazione “istituzionale”, che può riconoscere a sua volta ampi spazi di autonomia all’autonomia privata e alla giurisprudenza, ferma restando però la riserva della decisione di ultima istanza in capo al potere legislativo e la conseguente tassatività del sistema delle fonti.

Il contrasto può riassumersi, a mio avviso, nei termini di un’alternativa fra un giuspositivismo critico e un giusnaturalismo laico/razionale. Personalmente sono favorevole alla prima linea di pensiero, memore dell’antico argomento per cui il primato della legge è uno strumento insuperabile, al fine di garantire la possibilità di modificare consuetudini inique e inefficienti, quando queste si siano formate (ipotesi che non può negarsi in linea di principio, a meno di aderire a ideologie liberistiche estreme)⁹⁹.

Inoltre, è difficile negare che l’esperienza di questi ultimi decenni mostri una parallela crescita e del fenomeno della produzione privata di norme (più o meno incisivamente controllate dagli apparati istituzionali) e della regolazione amministrativa delle attività economiche¹⁰⁰. Oggi il diritto dell’impresa è in larga parte diritto amministrativo e l’affermazione di quel “diritto dell’economia”, che era stato teorizzato già nei primi decenni del XX secolo, sembra un fatto compiuto. Questa situazione è difficilmente inquadrabile in un’idea di primato del diritto “spontaneo”.

sarebbe mai esistita, mentre diffuse e incerte erano le consuetudini locali, di cui i mercanti dovevano tenere conto. Il mito della *lex mercatoria* si fonda sull’esistenza di prassi contrattuali diffuse a livello internazionale e sulla spinta dei mercanti, spesso riuscita, ad ottenere riconoscimento delle prassi contrattuali da parte di legislazioni e giurisdizioni locali.

Probabilmente l’analisi dell’a. citata sarebbe stata più approfondita se avesse conosciuto R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1963, 521 ss., ove si dimostra che la consuetudine, negli ordinamenti evoluti, è creata essenzialmente dal ripetersi di clausole contrattuali e di decisioni giudiziarie.

Il problema non è dunque se la *lex mercatoria* sia “vera” consuetudine, ma quello della collocazione delle relative regole nel sistema delle fonti normalmente accettato.

⁹⁹ Questa osservazione (largamente presente nella tradizione giuscommercialistica italiana) è stata ripresa, proprio discutendo la teoria della nuova *lex mercatoria*, da G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, 507 ss., in uno scritto in cui la funzione fondamentale dello studio del diritto commerciale, oggi, viene individuata nell’esigenza di comprendere e bilanciare l’interesse delle imprese e l’interesse generale della collettività (proposta che può essere intesa come una variante all’interno dell’idea più ampia del diritto commerciale come “diritto dell’impresa”, *supra* discussa al § 8.1). Alcuni anni dopo lo stesso G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2001, svolgeva una pregevole rassegna critica dei problemi nuovi emersi nella trattazione giuridica delle attività economiche, programmaticamente escludendo l’ipotesi di individuare principi di “diritto commerciale” distinti da quelli del “diritto civile”.

¹⁰⁰ V., p.e., J. BASEDOW, *The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in *56 American Comparative Law Journal*, 703 ss. [2008].

Inoltre, credo che il giuspositivismo critico meriti di essere preferito anche perché rivendica un ruolo attivo e responsabile della giurisprudenza teorica, intesa non come scopritrice di norme già insite nella natura delle cose, ma come costruttrice di un sistema razionale di principi e regole, in continuità formale e sostanziale con un ordinamento dato, storicamente esistente e politicamente accettato¹⁰¹.

Queste conclusioni sono in parte diverse da quelle professate da Galgano, ma certamente si pongono sulla stessa linea del suo pensiero nel punto relativo all'impossibilità di costruire oggi un metodo specifico per il solo diritto commerciale. La teoria della *lex mercatoria* si risolve nell'affermazione del primato (ideologico) del diritto di formazione "spontanea" rispetto al diritto di formazione "istituzionale" e perciò "costruito". Questo assunto può non essere condiviso, ma, in ogni caso, la discussione si pone sul piano della concezione generale dell'ordinamento e non della giustificazione di una permanente specialità e autonomia del diritto commerciale.

9. *Conclusioni. La validità del metodo commercialistico e l'unità del diritto.*

Una valutazione complessiva della validità delle riflessioni metodologiche svoltesi nell'ambito della dottrina giuscommercialistica italiana dell'ultimo mezzo secolo non può prescindere, ancora una volta, dal confronto con l'evoluzione contestualmente verificatasi nell'ambito della dottrina giuscivilistica.

E' difficile tracciare una descrizione di sintesi della dottrina giuscivilistica italiana di oggi, ma se proprio si volesse segnare un filo conduttore, lo si potrebbe trovare forse in una sorta di "architettura impossibile", che tenta di mantenere in vita la tradizione di un concettualismo più o meno modernizzato nei contenuti, e al contempo inclina verso una repentina adesione a concezioni giusrealistiche¹⁰², che erano completamente estranee alla tradizione metodologica del diritto civile.

¹⁰¹ Ho cercato di argomentare queste conclusioni in M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv.dir.comm.*, 2008, I, 599 ss.

¹⁰² Si può citare, per esempio, il contributo di un prestigioso civilista come N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, che esalta, al tempo stesso, la formazione spontanea del diritto da parte di una c.d. "comunità interpretante" e il ruolo (ritenuto imprescindibile) dell'impiego di categorie concettuali (in altri termini, della tradizionale "dogmatica", pur rinnovata nei contenuti) nell'argomentazione giuridica.

Alla radice di questo atteggiamento, e di altri consimili, può vedersi l'insegnamento di Paolo Grossi, che ha avuto grande influenza fra i giuristi positivi italiani negli ultimi decenni (probabilmente più di qualsiasi altra impostazione di teoria generale del diritto). Questo insegnamento (da ultimo esposto in *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2016) si ispira, com'è noto, a un duro antistatalismo ed esalta, al tempo stesso, tanto il ruolo centrale delle dottrine, quanto la formazione "spontanea" del diritto. Nella dottrina giusprivatistica l'insegnamento di Grossi è stato esaltato, in particolar modo, da un giurista postmoderno per eccellenza come Guido Alpa (cfr. *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Laterza, Bari-Roma, 2011).

Si è registrata una sorta di rivoluzione silenziosa, che ha messo in crisi il normativismo, professato da generazioni di giuristi come dato di fondo non discutibile, per sostituirlo con una forma di concezione decisionistica del diritto. Si realizza così una sorta di sintesi “postmoderna”, che suscita talora sconcerto ed anche sarcasmo¹⁰³, ma viene sostanzialmente accettata dalla corporazione disciplinare, anche perché consente la frammentazione della produzione dottrinale in diverse linee non (o non pienamente) dialoganti fra loro, ma reciprocamente legittimantesi in una sorta di pluralismo giuridico di nuovo genere.

L’eclettismo della dottrina giuscivilistica attuale, raffrontato alla tendenza della dottrina giuscomercialistica verso lo specialismo, determina un fenomeno interessante:

- (i) la dottrina giuscomercialistica, come abbiamo già notato, restringe i propri interessi, in una spinta verso lo specialismo che comporta un’autoriduzione del campo d’interesse (anche con l’esclusione dai confini disciplinari di settori che un tempo ne costituivano parte essenziale: navigazione, trasporti, assicurazioni ecc.) e tende, nel *mainstream* accademico, a ridursi a diritto delle società di capitali e dei mercati finanziari (con una produzione dottrinale spesso caratterizzata da netta dipendenza dalle elaborazioni statunitensi e, in parte, tedesche);
- (ii) la dottrina giuscivilistica moltiplica invece i propri interessi, impegnandosi su temi un tempo di pertinenza giuscomercialistica (fenomeno inverso a quello che si era verificato al tempo dell’unificazione dei codici), ma, nel fare ciò, non rinuncia ad una sua identità “generalista”;
- (iii) pur occupandosi di temi specifici di diritto commerciale e dell’economia (con particolare predilezione per la concorrenza e i mercati finanziari), la dottrina giuscivilistica non presta particolare attenzione alle sfide teoriche pur presenti in alcuni filoni della dottrina giuscomercialistica: in particolare, credo che possa dirsi ignorata la proposta teorica di Ferro-Luzzi e dei suoi seguaci.

A conclusione dei ragionamenti finora svolti, può dirsi che le due tradizioni culturali del diritto civile e del diritto commerciale presentano ancora, in Italia, differenze, ma queste sono sfrangiate in una pluralità di questioni, sicché non può parlarsi, da un lato, di irriducibile diversità, ma neanche di piena comprensione reciproca. Può dirsi, con ogni probabilità, che le differenze sono alimentate soprattutto da una regolazione della vita accademica, che impone procedure di selezione separate sulla base di differenze disciplinari talora arbitrarie.

¹⁰³ Alludo al violento *pamphlet* di F. GAZZONI, *Favole quasi-giuridiche*, Key, Vicalvi (FR), 2015 e al libro, meno violento ma ugualmente radicale nella critica, di C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015. Si noti che si tratta di autori che godono di alto prestigio accademico, e non di *outsider* della disciplina.

Rimane dunque da augurarsi (sperando che non si tratti di puro pensiero desiderante) che il dialogo possa rafforzarsi e trovare momenti di discussione razionale sui punti fondamentali; ma, in questa prospettiva, il discorso si dovrebbe ampliare, perché non può concepirsi oggi una teoria generale del diritto degna di questo nome che sia costruita solo in funzione del diritto civile (e, al massimo, del diritto privato e processuale) e non tenga conto di tutta l'evoluzione che gli ordinamenti moderni hanno avuto [dal diritto costituzionale con i suoi principi (oggi "multilivello"), al diritto amministrativo con la sua disciplina dei poteri funzionali, e naturalmente al diritto commerciale con la sua considerazione dell'impresa e dei mercati].

Come sommo contributo ad una discussione di questo tipo, proporrei le seguenti affermazioni:

- I) il metodo tradizionale del diritto commerciale, caratterizzato dal dovere di approfondita analisi dei fatti come necessario presupposto di una razionale costruzione delle norme, e dal criterio di tendenziale continuità storico-comparatistica delle soluzioni affermate, rimane valido, ma non ci sono valide ragioni per sostenere che esso debba essere impiegato solo nell'analisi giuridica dei fatti economici; piuttosto, esso dev'essere proposto come metodo di applicazione generale, con il correlativo rifiuto di metodi di tipo concettualistico¹⁰⁴; in questo senso può parlarsi di una eredità ancora viva dell'insegnamento metodologico di Cesare Vivante;
- II) non c'è dunque più ragione per rivendicare un'autonomia scientifica del diritto commerciale, in quanto tale¹⁰⁵; né, per altro verso, si giustifica il riconoscimento di una funzione "generale" o "ordinatrice" del diritto civile¹⁰⁶;
- III) la concezione normativistica del diritto dev'essere difesa, perché costituisce il migliore strumento finora escogitato per permettere una discussione

¹⁰⁴ In tal senso v. già P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, relazione al convegno dell'Unione dei Privatisti sul tema "I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita", Roma – Accademia dei Lincei, nov. 2011 (in corso di pubblicazione).

Probabilmente non distanti, su questo punto, sono le conclusioni del recente, impegnativo contributo di G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini, Pisa, 2015, che ripercorre con cura il dibattito giusfilosofico e metodologico del XX secolo (condizionato da una visione del diritto caratterizzata dalla centralità attribuita al testo normativo), in una prospettiva culturale ampia, non incentrata sul dibattito metodologico interno alla dottrina giuscommercialistica.

¹⁰⁵ In questo senso, a parte le opinioni già ricordate nel testo (da Rotondi a Galgano), v. anche P. SPADA, *Diritto commerciale*, I – *Parte generale*, Cedam, Padova, 2004, ove il diritto commerciale è visto solo come "un insieme di argomenti selezionati e combinati dalla storia".

¹⁰⁶ Di una "funzione ordinatrice" del diritto civile e dei suoi principi e concetti generali parla ancora P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2912, 379 ss., anche se solo per brevi accenni, nell'ambito di una pregevole sintesi dei principali temi attuali della disciplina giuscommercialistica.

razionale sulle decisioni dei giudici; l'adozione del principio di tassatività delle fonti e del dovere di coerenza della singola decisione ad un sistema di fonti formalmente riconosciuto costituisce strumento indispensabile per orientare e rendere razionalmente controllabile quella discrezionalità del giudice-interprete che costituisce un dato realisticamente ineliminabile del funzionamento dei sistemi giuridici; in questo senso può parlarsi di un'eredità ancora viva dell'insegnamento di Tullio Ascarelli;

- IV) la differenza normativa del diritto delle imprese e dei mercati, rispetto al diritto degli individui proprietari, dev'essere accettata come un carattere fondante del diritto contemporaneo; la differenza del referente socioeconomico dev'essere sempre tenuta presente nell'interpretazione di norme che si riferiscono a figure generali (contratto, illecito civile etc.), così come nella costruzione di categorie dogmatiche;
- V) gli specialismi sono inevitabili nell'organizzazione della ricerca scientifica, e al giorno d'oggi il "diritto commerciale" non può configurarsi più come una materia specialistica; se ricostruito come diritto delle imprese e dei mercati, esso costituisce una macropartizione del diritto contemporaneo, solo all'interno della quale possono ipotizzarsi specialismi settoriali (antitrust, mercati finanziari, insolvenza etc.);
- VI) pur riconoscendo la necessità degli specialismi, occorre reagire al pericolo di una frammentazione definitiva della cultura giuridica: il diritto contemporaneo deve mirare alla coerenza nel rispetto di principi e valori, e ciò richiede che le analisi specialistiche possano essere vagliate alla luce di principi generali;
- VII) il diritto generale, della cui costruzione abbiamo bisogno, è un insieme di principi e norme generali che traggono alimento sia dal diritto privato sia dal diritto pubblico e devono essere utilizzati con consapevolezza della coerenza complessiva delle soluzioni proposte¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Anche in questa indicazione può vedersi un segno di continuità con il metodo tradizionale del diritto commerciale in Italia, caratterizzato, con Vivante, dalla "tensione verso l'unità della scienza giuridica a cominciare dalla pressoché totale cancellazione degli steccati all'interno del diritto privato" (così P. GROSSI [nt. 5], 94).

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 raccontata¹ 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 vera², 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

¹ 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.

² 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.)³.

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 attivo⁴.

³ 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.

⁴ 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) assume⁵.

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.

⁵ 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 sociali⁶.

2. *Diritto commerciale e Lex mercatoria.*

Prenderò ora in esame le due principali impostazioni presenti nella nostra dottrina così come illustrate da Libertini⁷.

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 mercanti⁸ 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 recente⁹, 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 contrattuale¹⁰ 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

⁶ 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.

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

⁸ 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.

⁹ 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>.

¹⁰ 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 nostra¹¹.

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.¹²

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 occasionale¹³.

¹¹ 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".

¹² 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.

¹³ 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 internazionale¹⁴ e che è stata dominata da temi assolutamente diversi¹⁵.

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 mercato¹⁶.

¹⁴ 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. 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.

¹⁵ 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).

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

L'impresa di Coase¹⁷ è uno strumento di coordinamento che si pone come alternativo al mercato. L'impresa di Williamson¹⁸ 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 soggetti¹⁹.

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

¹⁷ R. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 386.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 ideologica²⁰ o ne decretano addirittura la morte²¹. 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 contestualizzata²². 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 una²³ 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.

²⁰ L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, Presses Universitaires de France, 2011.

²¹ J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967.

²² 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.

²³ 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”²⁴.

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 altrove²⁵, 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

²⁴ 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).

²⁵ 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 altrove²⁶ 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*²⁷.

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 osservazioni²⁸ 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).

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

²⁷ 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.

²⁸ 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 stretto²⁹, 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 modernità³⁰.

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 altro³¹. 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 Coase³² 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

²⁹ Cfr. F. GALGANO, (n.1), 191.

³⁰ 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.

³¹ 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.

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

dei contraenti³³ (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 Foucault³⁴ 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)³⁵ 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 discussione³⁶. Il settore contrattuale,

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

³⁴ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad .it., Milano, Feltrinelli, 2005.

³⁵ 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?

³⁶ 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 settanta³⁷ 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 consumatori³⁸ presentino caratteristiche in qualche modo idonee a collegarli con i temi della "commercialità"³⁹

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 agevole⁴⁰. Credo tuttavia che una discreta quantità di buone ragioni può essere addotta in

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

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

³⁹ 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;

⁴⁰ 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 commerciale⁴¹.

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 professionisti⁴². 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 esperto⁴³).

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 consumo⁴⁴. 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.

⁴¹ 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.

⁴² 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.

⁴³ "...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.

⁴⁴ 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 regole⁴⁵.

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 professionista⁴⁶.

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*⁴⁷, 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"⁴⁸) 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

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ A. PADOA-SCHIOPPA, (nt. 8).

⁴⁸ 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.⁴⁹

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 diversi⁵⁰. 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 rilevanti⁵¹ e limitandosi perciò alle sintesi compiute

⁴⁹ 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>.

⁵⁰ 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 ogniquale volta 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.

⁵¹ 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 traffici⁵² o ci si deve sorbire lunghi elenchi di principi che brillano sia per la loro genericità sia per la loro contraddittorietà⁵³.

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 tentativo⁵⁴ 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.

⁵² Nel 1923, ricorda S. GIALDRONI, *Il law merchant nella storiografia giuridica del Novecento: una rassegna bibliografica*, in *Forum historiae juris*, 2008, a <http://www.forhisiur.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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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 fattispecie⁵⁵.

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 idiosincratiche 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 fede⁵⁶.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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. FANSWORTH, *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, 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 Walras⁵⁷).

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. Formalismo⁵⁸ 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 equilibratrici⁵⁹.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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).

⁵⁹ 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 altruistiche⁶⁰ 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).

⁶⁰ 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 concezioni⁶¹.

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 mercato⁶². 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 potere⁶³.

⁶¹ 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).

⁶² 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>.

⁶³ 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?*⁶⁴

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.

⁶⁴ 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.

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 civile⁶⁵ e solo grazie a questa visione può costruire un'immaginaria contrapposizione con il diritto commerciale⁶⁶.

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 troppo⁶⁷. 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

⁶⁵ 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?

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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 matrimonio⁶⁸), 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 disincantato⁶⁹.

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

⁶⁹ 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).

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 commerciale¹ 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)»².

(*) 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.

¹ 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.

² 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 regolatoria³, 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 finanziario⁴ –, 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 studio⁵: 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*

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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»⁶.

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»⁷. 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)⁸, 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.

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

⁷ Così scrivevo in *Nuove clausole generali*, (nt.4).

⁸ 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 economica⁹ e le sue forme organizzative, in evoluzione¹⁰, 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

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

¹⁰ 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 generali¹¹ 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*¹² 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

¹¹ 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/>.

¹² 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”¹³.

A volte si sono aperti scenari evolutivi prorompenti: si pensi al metodo tipologico nella materia del contratto atipico¹⁴. Altre volte si invocano inutili sovrastrutture: penso all’“invenzione” della causa in concreto¹⁵; quanto meno in materia di prevedibilità dei piani nel concordato preventivo mi è parsa davvero una inutile superfetazione¹⁶.

Ripensare le categorie è un percorso, a me sembra, ancora agli inizi¹⁷, 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.

¹³ E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 4^a 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».

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 separatezza¹⁸.

¹⁸ 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.

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 variato 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”¹⁷, 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.

LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS ANTITRUST*

CARMEN HERRERO SUÁREZ¹

SOMMARIO: 1. Panorámica: la aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva. - 2. Aspectos procesales. - 3. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño. - 4. Valoraciones.

1. Panorámica. La aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva.

I. Los orígenes

Las prácticas anticoncurrenciales, como los acuerdos colusorios o las conductas abusivas por parte de operadores dominantes son susceptibles de causar perjuicios en dos tipos de niveles. Por una parte, estas conductas lesionan el interés general en el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en los mercados. En segundo lugar, los ilícitos competitivos también pueden causar un daño en los patrimonios individuales, afectando los intereses particulares de los consumidores o de las empresas. Tradicionalmente, en el ámbito europeo, el Derecho *antitrust* se ha construido en torno a la tutela del primero de estos intereses mencionados. En este sentido, las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia han sido principalmente objeto de aplicación pública, por parte de organismos de naturaleza administrativa con arreglo a procedimientos de carácter administrativo sancionador orientados a la imposición de multas. La conocida como aplicación privada o, *private enforcement*, de estas normas, por el contrario, ha venido siendo relegada a un segundo plano, en contraste con la situación existente en otras jurisdicciones, como la estadounidense².

* Questo contributo è stato pubblicato in Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 8, núm. 1, 20016.

¹ El apartado, “*La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba*” (II.1.B) ha sido realizado por **MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ**, Profesora Contratada-Doctora de la Universidad de Valladolid.

² Esta preeminencia se debe a las particulares características del sistema antitrust estadounidense, que favorecen el ejercicio de este tipo de acciones, como, *ad.ex.*, un amplio y generoso sistema de acceso a las pruebas (*discovery*), el mecanismo de *treble damages*, que permite al actor exigir el triple de los daños sufridos más el reembolso de unos honorarios legales razonables y el sistema de recurso colectivo o *class actions*. Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West, St.Paul, Minnesota, 2011, 652. Para estadísticas actualizadas sobre el número de acciones *antitrust* ejercitadas anualmente vid. www.uscourts.gov/library.

La orientación mayoritariamente administrativa sancionadora del Derecho de la competencia (europeo y nacional) no significa, naturalmente, la negación del derecho de los particulares lesionados como consecuencia de prácticas anticompetitivas a ser resarcidos, pero sí ha determinado que, hasta muy recientemente, la tutela de tal derecho no haya recibido atención específica desde este sector del ordenamiento jurídico y se haya articulado al margen de éste y bajo las categorías generales –y nacionales- de la responsabilidad civil. En este sentido, si bien a nivel europeo se ha producido un reconocimiento del derecho a la indemnización³ –configurado además de forma muy amplia, tanto en lo referente a su alcance como a su legitimación-, su ejercicio en la práctica es remitido a los tribunales nacionales, con soluciones muy dispares en cuanto al alcance de la protección otorgada y a las vías procesales para hacerlo efectivo en los distintos Estados miembros.

El reenvío a los ordenamientos nacionales ha favorecido el surgimiento de un mosaico de soluciones muy dispares sobre la aplicación privada, tanto desde una perspectiva sustantiva como, principalmente, procesal. La ausencia de una regulación uniforme ha sido contemplada con desconfianza por el ejecutivo europeo, en cuanto incentiva la búsqueda de la legislación más favorable para el ejercicio de las acciones. En este sentido, a día de hoy, Reino Unido, Alemania y Los Países Bajos constituyen los foros en los que se sustancian la mayor parte de los casos⁴. Pero, no sólo estas prácticas de *forum shopping* han despertado la atención de la Comisión. La falta de uniformidad ha desatado el temor de incurrir en alguno de los excesos, normalmente atribuidos al sistema americano, en especial en relación al recurso colectivo (las famosas *class actions* norteamericanas) o al acceso a la información. No obstante, como tendremos ocasión de valorar con más detenimiento, la principal preocupación de las autoridades de competencia y, fundamentalmente, de la Comisión, ha sido que el ejercicio digamos, no homogéneo ni monitorizado, de acciones daños pudiera acabar afectando negativamente al correcto desarrollo de los programas de clemencia.

En noviembre de 2014 se aprueba la *Directiva 2014/104/UE sobre resarcimiento del daño por violaciones de la normativa antitrust*, que reabre el debate –nunca verdaderamente cerrado-, sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. A fin de poder valorar en su contexto las propuestas de la Directiva y las posibilidades de su transposición al ordenamiento jurídico español, conviene recordar el largo proceso recorrido y las distintas

³ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*, C-436/1999. Sobre esta importante sentencia y su trascendencia en la conformación de la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo, vid. A. KOMMINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, 162 y ss.

⁴ Vid. OCDE: *Relationship between public and private antitrust enforcement. Note by the Secretariat*. 11.06.2015, disponible en <http://www.oecd.org/officialdocuments/>

fases que ha atravesado la aplicación privada en Europa hasta llegar a la aprobación de la norma.

En el ámbito europeo se han venido dando desde comienzos de siglo una serie de pasos orientados a impulsar el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas europeas en materia de competencia, así como el papel de los jueces civiles en su aplicación. El punto de partida del *private enforcement* europeo viene determinado por el reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de competencia en las relaciones entre particulares, reconocida en un primer momento por el Tribunal de Justicia⁵ y consagrada posteriormente por el Reglamento 1/2003⁶. Éste, al reconocer la eficacia directa de los artículos 81 y 82 (actuales artículos 101 y 102 TFUE) en toda su extensión, sustituyendo el sistema de autorización previa por uno de excepción legal, vino a reforzar el papel –hasta el momento casi nulo– de los jueces civiles en la aplicación de las normas de competencia. Ha sido precisamente, a través del reconocimiento de la eficacia directa de las normas de competencia, que el Tribunal de Justicia ha podido introducir en el ordenamiento comunitario la acción de resarcimiento promovida por un operador económico –empresa o consumidor– como consecuencia de una restricción ilícita de la competencia en el mercado común. Este derecho ha sido defendido expresamente en el caso *Courage* y consolidado, posteriormente en la célebre sentencia *Manfredi*⁷.

En segundo lugar, se abre un debate específico sobre la conveniencia de fomentar la aplicación privada y desde las instituciones comunitarias diversos documentos se irán sucediendo orientados a fortalecer en Europa este segundo brazo de *enforcement*, que desde una perspectiva eminentemente compensatoria (sin descuidar el eventual efecto disuasorio derivado) y junto a la aplicación pública contribuya al objetivo comunitario de garantizar un régimen de competencia no falseado en el mercado interior. En 2005 se publica el Libro Verde sobre acciones indemnizatorias⁸, en el que se identifican los obstáculos y barreras al ejercicio de acciones de daños y se proponen distintas soluciones o alternativas. Precedido por un nuevo documento de consulta (*Discussion Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*) en 2008 se aprueba un Libro Blanco⁹, donde se ofrecen ya medidas concretas orientadas a la creación y desarrollo de un sistema efectivo de aplicación privada de las

⁵ Sentencia TJUE de 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, Asunto C-127/73; Sentencia del TJUE del 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd. contra HBIce Cream, Ltd.*, Asunto C-344/98.

⁶ Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*.

⁷ Sentencia TJUE de 13 julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Asuntos C-295/04 a C-298/04.

⁸ *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM (2005) 672 final.

⁹ *Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2.4.2008, COM (2008) 165 final.

normas de competencia en Europa. Este documento desató un intenso debate y levantó enormes –y, en apariencia, sólidas– expectativas sobre la pronta adopción de legislación comunitaria en este terreno. No obstante, tras la redacción de un primer borrador no oficial de Directiva de acciones resarcitorias y de la publicación de un informe no vinculante sobre criterios de cuantificación del daño¹⁰, el impulso normativo perdió fuelle y las prioridades del ejecutivo comunitario parecieron decantarse por intentar una armonización del recurso colectivo desde una perspectiva más general, que incluía también a la Dirección General de consumidores¹¹. El proyecto de crear un marco normativo general sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* permaneció en un cajón... hasta hace muy poco.

En junio de 2013, la Comisión publicó sus nuevas propuestas para el impulso y armonización de las acciones privadas. Propuestas de muy distinto nivel, ya que junto a un ambicioso Proyecto de Directiva, se publica una Comunicación sobre cuantificación de daños¹², relegándose la preocupación anterior –y, aparentemente, prioritaria– sobre acciones colectivas como instrumento de fomento de la aplicación privada a una mera Recomendación¹³. La Directiva, de larguísimo título, *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea* fue finalmente aprobada en noviembre de 2006, fijándose como plazo máximo para su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el 27 de diciembre de 2016. En España, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, en cumplimiento del mandato comunitario, nombró una comisión especializada encargada de presentar un propuesta para la regulación en el ordenamiento jurídico español de las premisas de la norma comunitaria¹⁴. El 15 de enero de 2016, el Ministerio ha hecho pública la propuesta de ley de transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, en adelante PLTD¹⁵.

¹⁰ “*Quantifying antitrust damages. Towards non-biding guidance for courts*”, diciembre 2009, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages>.

¹¹ Vid. J. ALMUNIA, *Notas comunes sobre el recurso colectivo en la UE*, en VELASCO y otros (Dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 43 y ss.

¹² *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (2013/C 167/07)

¹³ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*.

¹⁴ Orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación, una sección especial para la transposición de la Directiva 2014/101/UE, integrada por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho Mercantil); R. ALONSO SOTO (Catedrático de Derecho Mercantil); A. CALVO CARAVACA (Catedrático de Derecho Internacional Privado); I. DIÉZ PICAZO (Catedrático de Derecho Procesal), F. GASCÓN INCHAUSTI (Profesor Titular de Derecho Procesal); J. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Subdirector General de Política Legislativa) y un funcionario del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹⁵ La PLTD está disponible en la página Web del Ministerio de Justicia.

El objetivo del presente trabajo es, en primer lugar, el examen del contenido de la Directiva y de las principales cuestiones que puede plantear este texto, valorando no sólo su oportunidad, sino la medida en que las soluciones armonizadoras –y ahora sí, exigidas imperativamente- estaban ya contempladas en nuestro ordenamiento o, por el contrario, requerían de una respuesta normativa específica. En consonancia se examinará la recentísima Propuesta de Ley de transposición de la Directiva y las soluciones diseñadas por la Comisión especializada, para hacer efectivo el mandato comunitario. No obstante, antes de entrar a examinar el contenido de estos documentos, es conveniente partir de dos preguntas iniciales. En primer lugar, y en atención al largo periodo transcurrido hasta la aprobación definitiva de la Directiva, es oportuno valorar que ha ocurrido, entre tanto, en los Estados miembros –en nuestro caso, en España, en relación a la aplicación privada del Derecho de la competencia. ¿Cómo ha evolucionado ésta desde la apertura del debate hasta la publicación de la Directiva? A continuación, para poder valorar con cierta solidez y fundamento las propuestas y soluciones acogidas en el documento europeo, es preciso indagar sobre los objetivos perseguidos con el mismo y sobre los verdaderos motivos que han informado su aprobación.

II. Y... ¿mientras tanto?

En España se han producido modificaciones importantes en los últimos diez años que han favorecido un incremento significativo del hasta el momento, prácticamente inexistente, *private enforcement*. La aprobación de la Ley de Defensa de competencia de 2007 permitió solventar algunas de las disfunciones y obstáculos que al ejercicio de acciones de daños planteaba la regulación anterior. Así, se solventan las disfunciones, que se producían con la anterior ley, entre la aplicación de las normas de defensa de la competencia europeas y las nacionales y que suponían que si bien los Juzgados de lo mercantil eran competentes para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, no lo eran –o, al menos, nada se decía de forma expresa- respecto de la aplicación de los artículos nacionales paralelos (artículos 1 y 6 de la LDC 1989), por lo que ésta, en principio, permanecía dentro de la competencia de los tribunales civiles ordinarios. Esta situación se resuelve en la ley, en la que se unifica la competencia de los Juzgados de Mercantil¹⁶.

En segundo lugar, con la ley de 2007 se elimina uno de los obstáculos más importantes al ejercicio de acciones indemnizatorias por infracción de las normas nacionales de competencia y que suponía, además, un tratamiento diferenciado entre normas europeas y

¹⁶ Disposición adicional primera: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente ley.*

nacionales carente de justificación. Si bien en el caso de los artículos 101 y 102 TFUE, al ser éstos directamente aplicables por los tribunales nacionales, era posible ejercitar acciones indemnizatorias, tanto de seguimiento, derivadas o *follow-on* (la acción es interpuesta después de que una autoridad de competencia haya constatado una infracción) como independientes o *stand-alone* (no existe un pronunciamiento administrativo previo), la anterior ley española de competencia posibilitaba únicamente el ejercicio de acciones de seguimiento, ya que exigía (artículo 13 LDC 1989) como requisito previo al ejercicio de una acción por daños y perjuicios la existencia de decisión firme en el ámbito administrativo y, en su caso, judicial. Este tratamiento diferenciado se elimina en la nueva ley, que suprime la necesidad de previo pronunciamiento administrativo para poder ejercer acciones de privadas de naturaleza indemnizatoria.

La LDC no contempla a día de hoy normas o reglas específicas sobre acciones de resarcimiento de daños derivados de ilícitos *antitrust*. A éstas les son de aplicación las reglas civiles generales en materia de responsabilidad contractual y, fundamentalmente, extracontractual, previstas en el CC¹⁷. La PLTD, como tendremos ocasión de analizar, revierte esta situación y lleva a la LDC la regulación de las acciones de daños, mediante la inclusión de un título específico, de forma análoga a la solución adoptada en áreas cercanas, como la competencia desleal, sobre compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, en el que se intenta recoger todo lo relativo a estas acciones desde una perspectiva sustantiva –o mayormente, sustantiva-, remitiendo la regulación de los aspectos más puramente procesales, como la prueba, a la LEC.

El examen de la práctica judicial de los últimos años, tras las reformas legislativas planteadas, arroja resultados significativos. Por una parte, es cierto que se observa un incremento significativo en la interposición de acciones civiles *antitrust*¹⁸. Ahora bien, el resultado de estos procedimientos no puede, ciertamente, considerarse satisfactorio. La tasa de éxito es muy diversa según se trate de acciones independientes o *stand alone* (23,6%) o de

¹⁷ La aplicabilidad a estas acciones de las normas en materia de responsabilidad contractual o extracontractual no ha sido una cuestión pacífica. El recurso a unas normas u otras tiene enorme incidencia en la práctica, fundamentalmente en relación a los plazos de prescripción de las acciones. El Tribunal Supremo ha tratado de zanjar las dudas existentes, afirmando expresamente la aplicabilidad a las acciones de daños *antitrust* de las normas de *tort law*, terminología anglosajona equivalente a la responsabilidad extracontractual continental (Sentencia del TS de 8 de junio 2012, *Acor*, rec.núm. 2163/09).

¹⁸ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ, *La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles*, *Información Comercial Española*, ICE, núm.876, 2014, 133 y ss.; ID., *Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)*, *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, 167 y ss.; F. DIÉZ ESTELLA/C. ESTRADA MERAY, *Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente*, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 15, 2014, 189 y ss.; P. YANES YANES, *Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de siglo?*, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 9, 2011, 133 y ss.

seguimiento o *follow on* (en éstas el resultado se eleva notablemente hasta el 66,7% de los casos¹⁹). Pese a ello, en los escasos asuntos en los que los demandantes han obtenido una resolución favorable por parte de los jueces, la mayor parte han concluido con una declaración de ilicitud de la conducta y de nulidad de las cláusulas anticompetitivas de los contratos. Sólo en un reducido número de casos, siendo los más significativos los procedimientos entablados a partir de la sanción administrativa del cártel del azúcar, se ha reconocido el derecho al resarcimiento por los daños causados.

III. Y... ¿por qué ahora?

Una primera duda que nos surge es en relación a la propia finalidad de la Directiva y al momento en que se realiza la propuesta, ¿por qué ahora? ¿Por qué de repente, se retoma una iniciativa legislativa adormecida? La Directiva proclama como sus objetivos principales, en primer lugar, optimizar la interacción entre la aplicación pública y privada de las normas de competencia de la UE y, en segundo lugar, garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento. Este objetivo de lograr un adecuado equilibrio entre aplicación pública y privada, de tal modo que no se produzcan interferencias entre ambas que dificulten su efectivo desarrollo, tiene uno de sus puntos de fricción más importante en los programas de clemencia²⁰.

Ya desde el Libro Verde, las autoridades comunitarias han venido expresando sus temores de que la proliferación de acciones indemnizatorias pudiera acabar repercutiendo negativamente en la eficacia de los programas de clemencia. La mayor exposición del solicitante de clemencia frente a otros cartelistas puede conducir a que frente a él se dirijan preferentemente estas acciones de daños, disminuyendo así sus incentivos para presentar solicitudes de clemencia y cooperar en la detección del cártel²¹. Esta preocupación, siempre

¹⁹ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ, *Competition Law Private Litigation...*, (nt. 18), 171 y ss.

²⁰ Los programas de clemencia, conocidos como *leniency programmes*, nacen en la experiencia estadounidense y constituyen un eficaz medio de desestabilización de acuerdos secretos colusorios entre competidores. La finalidad de estos programas es inducir a las empresas participantes en un cártel a colaborar de forma activa y determinante en su detección y sanción, a cambio de la exención —o de una reducción sustancial— de las multas aplicables a estas violaciones. En la Directiva (artículo 2.15) se definen como “todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que el mismo conozca del cártel y su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”.

²¹ Sobre la posible incidencia negativa entre acciones de resarcimiento antitrust y programas de clemencia, vid. F. CACHAFEIRO, *La confidencialidad de los documentos del programa de clemencia*, en A. FONT I RIBAS/S. GÓMEZ TRINIDAD (coord.): *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2014; J. SUDEROW, *El acceso*

latente, se acrecentó, tras dos importantes resoluciones, respondiendo a cuestiones prejudiciales, del TJCE. En el caso *Pfleiderer*²², el Tribunal descarta, en el primero, desde el Derecho europeo, la necesidad general de una protección absoluta de las informaciones obtenidas en el marco de un programa de clemencia y remite a los tribunales de los Estados miembros para que determinen, en función de las circunstancias concretas del caso, sobre la conveniencia o no de permitir el acceso a los documentos de clemencia. El caso *Donau*²³ va todavía más allá, al considerar que una norma –en este supuesto, austriaca- que haga prácticamente imposible el acceso a documentos de clemencia es incompatible con el Derecho europeo. Estos casos activaron todas las alertas de la Comisión –y de las autoridades de la competencia nacionales- y la necesidad de proteger los exitosos programas de clemencia –pieza clave en la detección y sanción de conductas cartelísticas- parece ser el motor –no reconocido expresamente- que volvió a poner en marcha el proceso normativo en materia de acciones de daños.

La Directiva se encarga de fijar de forma imperativa, es decir, de crear esa norma que los tribunales no encontraron en el Derecho europeo: la protección absoluta de la confidencialidad de los documentos del programa de clemencia. En este sentido, dentro de las detalladísimas reglas referidas a la exhibición de medios de prueba, establece que los Estados miembros tienen que velar porque los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar la exhibición a una parte o a un tercero de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción. Es más, la protección del solicitante de clemencia no se agota en materia de acceso a la información, sino que la Directiva recoge además, en relación a éste, diversas técnicas de modulación de la nueva regla general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras del Derecho de la competencia. La sensación general que se desprende del texto finalmente adoptado es, por tanto, que más que en incentivar realmente la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia²⁴.

a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia en VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 535 y ss.; D. P. RUBIANO, *Programas de clemencia y reparación del daño antitrust*, en VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, cit. 789 et ss.; F. DIÉZ ESTELLA/P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el Derecho de defensa de la competencia?*, RAUE, núm. 7, 2014, 41 y ss.; P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust*, Indret, 1, 2013, 1 y ss.; A. KOMMINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts.*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, 20 y ss.

²² Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Asunto C-360/09.

²³ Sentencia del TJUE de 6 de junio 2013, *Donau Chemie AG*, Asunto C-536/11.

²⁴ Vid., en este mismo sentido: V. SOPEÑA/G. A. MARTÍN: *La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida*, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, 16, 2016.

Al margen de que la tutela de la clemencia sea claramente reconocible como pilar básico de la Directiva, en ella se abordan también diversas cuestiones problemáticas, tanto de naturaleza procesal como sustantiva, que habían venido siendo resueltas, con alcance y resultados muy diversos por los tribunales y legisladores de los distintos Estados miembros.

IV. *La Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*

El Ministerio de Justicia ha hecho pública el 15 de enero la *Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* (PLTD). La propuesta da cumplimiento al encargo del Ministerio de Justicia a la comisión especializada (*supra*) de buscar el mecanismo más adecuado para dar cumplimiento al mandato comunitario y encajar en el ordenamiento jurídico español las exigencias de naturaleza procesal y sustantiva contempladas en la Directiva. En la PLTD se ha descartado la regulación de todos los aspectos en un único texto y se ha optado por incorporar las normas sustantivas en la Ley de defensa de la competencia (LDC) y las cuestiones de naturaleza procesal en la LEC.

La modificación propuesta de la LDC más importante²⁵, consiste en la introducción de un nuevo Título, concretamente, el Título VI, denominado: “*De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*” que en once artículos, recoge la totalidad de las cuestiones planteadas en la Directiva en relación a las acciones de daños, con la única excepción de las disposiciones en materia de acceso a pruebas, cuya regulación se remite a la LEC. Un primer examen de este Título revela un apego estricto al contenido –e, incluso a la redacción– de la norma europea. Si bien es cierto que la Directiva deja poca libertad a los Estados miembros en la incorporación de sus disposiciones²⁶, como regla general, con la excepción más significativa de la fuerza vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas extranjeras, en la Propuesta se ha optado por no separarse de la norma europea ni en los escasos campos en los que se confería mayor flexibilidad a los Estados miembros (*ad.ex.* en relación a los términos de prescripción). Tampoco se ha aprovechado esta ocasión para introducir la regulación de cuestiones que, aunque hayan quedado fuera de la Directiva, son de enorme interés para el ejercicio de las acciones de resarcimiento por

²⁵ La propuesta también va a modificar el artículo 64 LDC que regula los criterios para la determinación del importe de las sanciones, introduciendo como causa atenuante cualificada, la existencia de un pago resarcitorio previo.

²⁶ H. BROKELMANN la califica de “Directiva reglamentaria”, vid. H. BROKELMANN, *La Directiva de daños y su transposición en España*, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, 1.

ilícitos *antitrust*, como, fundamentalmente, el recurso colectivo, superando algunos de los inconvenientes que plantea la actual regulación procesal general.

Las normas contenidas en el Título VI son de aplicación, no sólo a las reclamaciones de daños por vulneración de las normas comunitarias de competencia, sino también a las reclamaciones de daños causados por infracciones de la LDC española, incluida, pese a contar con una acción específica en la LCD, las de los daños derivados de una falseamiento de la competencia por actos desleales²⁷.

El grueso de la propuesta se concentra en la modificación de la LEC y en la regulación del acceso a las fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero. La propuesta introduce modificaciones procesales de gran envergadura y en este campo sí se va mucho más allá de las exigencias europeas. Concretamente, se ha aprovechado la trasposición para incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba, aplicable con carácter general, en cualquier ámbito de la legislación mercantil y civil. Se añade a la LEC una nueva Sección dentro del Capítulo dedicado a la prueba, titulada :“*Del acceso a las fuentes de prueba*”, estructurada, a su vez, en tres subsecciones. En la primera de ellas, la más polémica, se contienen disposiciones generales que comprenden, entre otras cuestiones: los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, una lista ejemplificativa de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción de su práctica. Las otras dos subsecciones contienen, respectivamente, las especialidades en materia de propiedad intelectual e industrial y en materia de acciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la competencia. Se da así cumplimiento, en esta última subsección, al mandato europeo de protección de las informaciones contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, especialmente en relación a las solicitudes de clemencia.

Finalmente, la disposición adicional tercera recoge, alejándose de las técnicas legislativas tradicionales, el listado de definiciones recogido en la Directiva a efectos de introducirlo en el ordenamiento jurídico español y facilitar la labor interpretativa de jueces y tribunales en los procedimientos por daños *antitrust*. Ahora bien, esta inclusión se realiza en el vacío, pues no se prevé, de aprobarse la propuesta un encaje normativo específico de estas definiciones que, a nuestro juicio, deberían recogerse expresamente en la LDC o si son, de carácter procesal, en la LEC. Ello, sin perjuicio del difícil anclaje que puede tener, en nuestra opinión, la importación automática en el ordenamiento nacional de una lista de definiciones diseñada fundamentalmente para facilitar la trasposición “armonizada” de la Directiva en los distintos Estado miembros (“armonización de lo armonizado”).

²⁷ Disposición adicional primera de la PLTD.

2. *Aspectos procesales*

I. *Acceso a pruebas*

A) *La solución de la Directiva*

Una de las áreas en las que más se evidencia la difícil interacción entre *public* y *private enforcement* es en el acceso a las pruebas por parte de los sujetos perjudicados como consecuencia de una violación de las normas de competencia. Las acciones de daño *antitrust* requieren usualmente, un complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa y extenuante actividad probatoria. El principal problema que se plantea es que, generalmente, los elementos de prueba necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento están en poder, exclusivamente de la otra parte o de un tercero, y no son suficientemente conocidos ni accesibles para el actor. La Directiva trata de mitigar los problemas derivados de esta asimetría informativa, a través de una detalladísima regulación del acceso a las pruebas que, bajo una estricta supervisión judicial, pretende encontrar un punto de equilibrio entre la importancia de garantizar a los demandantes el derecho a obtener la divulgación de información relevante para sus pretensiones y el riesgo de incurrir en los denunciados excesos de un sistema de *disclosure* excesivamente amplio como el estadounidense.

En este sentido, en la norma se detalla quienes son los sujetos legitimados para solicitar la exhibición de las pruebas, cuándo debe ser ésta ordenada por el juez y los elementos que tienen que ser ponderados para garantizar el acceso a los documentos²⁸. Igualmente, se contemplan sanciones en los casos de incumplimiento del requerimiento de exhibición de pruebas, destrucción de pruebas pertinentes, incumplimiento de las obligaciones impuestas por el juez nacional en tutela de la información confidencial o, incumplimiento de los límites sobre el uso de pruebas (artículo 8).

²⁸ En el artículo 5.3 de la Directiva se establece que la exhibición se acordará siempre que la misma resulte proporcionada. A fin de valorar la proporcionalidad, el juez deberá tener en cuenta los intereses legítimos de todas las partes y de los terceros interesados y, en particular: a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; b) el alcance y el coste de la exhibición de pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado y, c) las normas de confidencialidad que afectan a la información contenida en alguna de las pruebas.

Dado que la mayoría de las acciones resarcitorias promovidas en relación a ilícitos *antitrust* son acciones de seguimiento o *follow-on*, las cuestiones relativas al acceso a las pruebas se plantean, en gran medida, en relación al acceso a los actos y documentos contenidos en los expedientes de instrucción de una ANC o de la Comisión y, entre éstos, a los *corporate statements* y a los documentos voluntariamente proporcionados por empresas que hayan solicitado un tratamiento favorable.

La controvertida cuestión del acceso, por parte de terceros, a las pruebas contenidas en un expediente de una ANC, se resuelve estableciendo:

- Una *protección absoluta* contra cualquier exhibición o *disclosure* de las declaraciones oficiales de empresas en el marco de un programa de clemencia²⁹ (*leniency corporate statements*) y las solicitudes de transacción³⁰ (*settlement submissions*). Los programas de clemencia y los procedimientos de transacción son instrumentos de enorme importancia en la aplicación pública del Derecho de la competencia europea, especialmente, en relación al objetivo de lucha contra los cárteles. Las empresas podrían ser reacias a colaborar con las autoridades a través de un programa de clemencia o de un *settlement* si fueran objeto de divulgación, declaraciones en las que se contengan pruebas autoincriminatorias, como las declaraciones vinculadas a un programa de clemencia o las solicitudes de transacción, elaboradas únicamente a efectos de cooperación con la administración. Dicha divulgación implicaría el riesgo de que las empresas que han colaborado con las autoridades de competencia se encontrarían más expuestas y, por tanto, en una situación peor, que los coautores de la infracción que no han prestado esa ayuda.

- Análogamente, se reconoce una *protección temporal*, hasta la finalización del procedimiento administrativo, en relación a la información preparada por una persona física o jurídica a los solos fines del procedimiento (*ad.ex.* las respuestas de las partes a una solicitud de información) o elaboradas por una ANC en el curso de dicho procedimiento (*ad.ex.* pliego de cargos). La finalidad, en este caso, es impedir que la solicitud de información pueda interferir, de manera indebida, con una investigación en curso de la autoridad de competencia.

²⁹ Por declaración en el marco de un programa de clemencia se entiende: “una declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia” (Directiva. Artículo 2. 16).

³⁰ Una solicitud de transacción hace referencia a “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (Artículo 2. 18 Directiva).

- Finalmente, se prevé con carácter general, el acceso a toda la información contenida en un expediente de la autoridad de competencia, siempre que el actor haya presentado una solicitud motivada sobre hechos y pruebas razonablemente disponibles que sean suficientes para sostener la viabilidad de la demanda y que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en medida razonable, de aportar dichas pruebas.

En principio, podría pensarse que la incorporación de estas disposiciones comunitarias sobre la divulgación de las pruebas en el ordenamiento español no resultaba particularmente disruptiva. Con carácter general, el sistema procesal español cuenta con mecanismos adecuados en materia de acceso y ponderación de las pruebas por parte de jueces y tribunales (principio de facilidad probatoria, posibilidad, en determinados casos de adoptar medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba reguladas en los artículos 293 y ss. LEC, el deber general de cooperación con las autoridades judiciales del artículo 118 CE, etc.). Junto a estos principios generales, la LEC regula el deber de exhibición de documentos en poder de la contraparte o de terceros (artículos 328 y ss.). Por lo que al acceso de documentos *inter partes* se refiere, la exhibición ha de ser solicitada al órgano judicial quien estimará o no su conveniencia. La ley exige la perfecta identificación del documento cuya exhibición se pretende, en principio, mediante una copia o, en ausencia de la misma, mediante su descripción detallada (artículo 328 LEC). En el caso de negativa injustificada a la exhibición y desde el punto de vista de la eficacia probatoria, la Ley permite al juez dar fuerza probatoria plena a la copia del documento requerido o a la versión que del contenido del mismo haya dado la parte que pretende la exhibición (artículo 329 LEC)³¹.

No obstante, de la Directiva se deducen una serie de exigencias que no estaban previstas en el ordenamiento español y que exigían necesariamente la introducción de cambios. En este sentido, es preciso regular de manera específica, al menos³² la prohibición absoluta de *disclosure* de la información obtenida en el marco de un programa de clemencia, ya que no existe ninguna norma que contemple esta cuestión. La LDC limita la protección

³¹ En la LP (artículo 63) y en la LM (artículo 43.3) se recoge de forma expresa la posibilidad de los titulares del derecho de propiedad industrial de exigir al responsable de la infracción de su derecho la exhibición de documentos, a fin de proceder a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos. Esta regulación es fruto de la incorporación en el ordenamiento jurídico español de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 *relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, a cuya incorporación obedecen los artículos 43,4 LM, 65 LP y 54.4 LDI. Con carácter general, sobre la repercusión en nuestro ordenamiento jurídico de esta Directiva, vid. D. PELLISE URQUIZA, *Incidencia en el Derecho Procesal español de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual* en AA.VV.: *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercoff Rodríguez-Cano*, 2005, 795 y ss.

³² La legislación española no contempla, por el momento, la figura del *settlement*, de frecuentísimo uso por parte de la Comisión.

de las declaraciones de los solicitantes de clemencia al procedimiento administrativo, pero no la extiende a los demandantes de daños derivados de infracciones de la competencia. El único texto que contenía una solución en línea con la prevista en la Directa era una Comunicación de la extinta CNC³³, carente de valor normativo, en la que se negaba el acceso a terceros de las declaraciones de los solicitantes de clemencia³⁴.

En segundo lugar, el procedimiento previsto en el texto europeo permite un acceso mucho más amplio a los documentos. De hecho, en el ordenamiento procesal español no se recogen dos medidas que la Directiva posibilita de forma expresa: el acceso a categorías de documentos y la eventual exhibición documental con carácter previo al juicio que parece deducirse del artículo 7.3 de la Directiva. Por último el régimen de sanciones europeo es mucho más riguroso en la delimitación de las posibles consecuencias adversas del incumplimiento que el previsto en la LEC.

¿Qué ha hecho la PLTD al respecto? Si bien en el ámbito denominado “sustantivo” la PLTD se limita prácticamente a reproducir el articulado de la Directiva, recogiendo todas las propuestas en el nuevo título cuya inclusión a la LDC se propone, la propuesta procesal es mucho más ambiciosa y rompedora. Ésta se concreta en una reforma de la LEC en materia de acceso a las fuentes de prueba, dividida en tres partes. Una primera de carácter general que afecta a todos los litigios civiles y mercantiles, y dos especiales, en las que se tienen en cuenta las particularidades existentes en el marco de la propiedad industrial e intelectual así como en el caso de acciones por daños derivados de ilícitos *antitrust*. En el apartado siguiente de este trabajo se analiza, con un cierto detenimiento y desde una perspectiva crítica, la propuesta de modificación de la LEC que, con carácter general afecta al acceso a las fuentes de prueba. La regulación “novedosa” que se propone parece encontrar un cierto reflejo en la técnica del *discovery* americano y, como tendremos ocasión de desarrollar posteriormente, su inclusión en nuestro Derecho puede plantear algunas fricciones.

Pese a la existencia de una regulación de carácter general, se ha optado por incluir disposiciones específicas en materia de competencia. A esta finalidad obedece la propuesta de una Subsección en la que se contemplan diversas cuestiones que afectan a las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. A esta subsección se han reconducido, de forma prácticamente literal, las disposiciones previstas en la Directiva, fundamentalmente lo

³³ *Comunicación de 19 de junio 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia* in <https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf>

³⁴ “Respecto de las acciones de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones de cártel sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNC no facilitará copias de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues ello operaría en detrimento de la eficacia del programa de clemencia”.

referido al acceso a la información contenida en el informe de una ANC y, señaladamente, la protección absoluta y relativa de información analizada en apartados anteriores.

B) La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba

a) Objetivo y sistemática de la propuesta

La PLTD ha optado por incluir en la LEC. las modificaciones procesales que deben producirse como consecuencia de la integración de la Norma comunitaria en el ámbito interno. En este sentido establece una serie de disposiciones para facilitar el acceso a pruebas que obren en poder de la otra parte o de un tercero en procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia. La propuesta ha estimado conveniente no continuar con la línea legislativa instaurada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, *por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*, que se decantó por garantizar el cumplimiento de las exigencias de acceso a información y prueba en los procesos por infracción de las normas de propiedad intelectual e industrial incluyendo previsiones específicas dentro de los institutos procesales existentes que, de este modo, resultaban conservados. En este sentido se afirma que seguir el mismo criterio en el presente caso generaría distorsiones y agravios comparativos respecto de los demás ámbitos de la litigación civil y mercantil, donde los justiciables disponen de pocas herramientas eficaces para acceder a las fuentes de prueba que obran en poder de la contraparte o de terceros. En conclusión se opta por incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba que será aplicada de forma general y en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, todo ello modulado e informado por el principio de proporcionalidad.

La Propuesta de trasposición de la Directiva se decanta, por tanto, por suprimir dos instituciones que ofrecen gran utilidad en este ámbito y que presentan algunos puntos de conexión: las diligencias preliminares y la exhibición de documentos a efectos probatorios cuando obran en poder de la otra parte o de un tercero, de forma que resultan derogados los arts. 256 a 263, relativos a las primeras, y los arts. 328 a 333 referidos a la segunda, todos ellos de la LEC³⁵. Se introduce, en su lugar, una Sección 1ª bis dentro del Capítulo V (alusivo a las disposiciones generales de la prueba), del Título I, (disposiciones comunes a los procesos

³⁵ Vid. Disposición Derogatoria única 2 de la Propuesta.

declarativos), del Libro II (de los procesos declarativos) intitulada “Del acceso a las fuentes de prueba” en la que se incluye aspectos y contenidos propios de una y otra figura, junto con determinadas previsiones específicas³⁶.

b) Contenido y finalidad de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos a efectos probatorios

Para analizar la pertinencia de la regulación prevista en la Propuesta de trasposición de la Directiva es preciso realizar una aproximación, siquiera somera, al concepto, contenido y finalidad de las figuras que resultan afectadas. Se trata de dos institutos distintos en su operatividad procesal y en el fin que están llamados a cumplir.

Las diligencias preliminares (arts.256 a 263 LEC) son una actividad preprocesal cuyo objeto es, precisamente, que el solicitante pueda conocer determinados aspectos relevantes relativos a la capacidad, legitimación, etc. que le permitan preparar el ulterior juicio u obtener información sobre la viabilidad y la conveniencia de entablarlo³⁷. Con ellas no se incoa ningún proceso porque no se ejercita ninguna pretensión ni sus decisiones tienen eficacia de cosa juzgada. Tampoco son, en sí mismas, un instrumento idóneo para asegurar la fuente de prueba o anticipar la práctica del medio de prueba. Su objetivo no es la obtención de pruebas ni se identifican con las medidas cautelares, ya que éstas están preordenadas a garantizar la efectividad de la tutela que se dicte en el proceso principal en el que se acuerdan³⁸.

La exhibición de documentos (arts. 328 a 333 LEC) es una modalidad de práctica de la prueba documental, una actividad netamente procesal, por tanto, (salvo los supuestos de conformación como prueba documental anticipada solicitada antes de la incoación del proceso) que, a diferencia del caso anterior, no presenta una finalidad propedéutica consistente en la preparación del proceso, sino que ésta consiste en permitir el acceso a

³⁶ Desde el punto de vista sistemático, la Sección 1ª bis consta de 3 apartados: la Subsección 1ª, donde se regulan las “Disposiciones generales”, (arts. 283 bis a) a 283 bis n)), la Subsección 2ª que incorpora las “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, (arts. 283 ter a) a art. 283 ter f)) y la Subsección 3ª, que contiene “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia”, (arts. 283 quater a) a art. 284 quater e). Se incluyen, además, tres Disposiciones adiciones, una disposición transitoria única, la disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

³⁷ Vid. J. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 150; M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho Procesal Civil*, 14ª ed. Cizur Menor, 2015, 249.

³⁸ Vid. F. MARÍN CASTÁN (Dir.), *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 1274.

determinadas fuentes de prueba de las que no dispone la parte para que puedan ser introducidas procesalmente a través del oportuno y pertinente medio probatorio³⁹. Todo ello a efectos de fundamentar la pretensión/defensa y obtener así una resolución favorable.

c) *Conveniencia de una regulación como la contenida en la PLTD*

Perfilado en sus líneas esenciales el contenido de las dos figuras afectadas por la reforma es preciso analizar si es necesario, o siquiera conveniente, optar por una regulación como la contemplada en la PLTD. Apuntamos algunos aspectos problemáticos a este respecto, prescindiendo de aquella regulación que, a nuestro modo de ver, no genera fricciones en su aplicación.

Con carácter previo al examen anunciado es preciso advertir que la Directiva alude en su contenido exclusivamente a la “exhibición de pruebas”⁴⁰, lo que evidencia que no era necesario-o al menos no era imprescindible- afectar a la regulación propia de las diligencias preliminares, ya que la finalidad fundamental de éstas es, como acaba de verse, la preparación del potencial proceso posterior no guardando, por tanto, una relación necesariamente esencial ni directa con el acceso a la prueba.

No compartimos la afirmación de que para trasponer la Directiva no es conveniente forzar la inclusión de su contenido en las instituciones preexistentes tal y como se hizo con las diligencias en materia de patentes, propiedad industrial e intelectual y ello por varias razones:

En primer lugar, porque, precisamente y como acaba de decirse, existía el antecedente propio de Ley 19/2006, de 5 de junio, que no “forzando” las previsiones existentes, incorporó la normativa comunitaria sin operar una modificación tan drástica como innecesaria.

En segundo lugar, porque se ha cambiado todo para, en alguna manera, concluir manteniéndolo igual. A este respecto se observa que, si bien las diligencias preliminares dejan de existir como tales, su contenido ha sido netamente incorporado al art. 283 bis g) bajo el título de “medidas específicas de acceso a fuentes de prueba” con dos modificaciones: la primera se refiere a la sustitución del actual enunciado “todo juicio podrá prepararse” por el de “podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas de acceso a fuentes de prueba”; la segunda se refiere a la inclusión de forma novedosa de las medidas de acceso a fuentes de

³⁹ Vid. J. MONTERO AROCA, (nt. 37), 228-229.

⁴⁰ Vid. al respecto tanto la explicación contenida en los Considerandos de la Directiva como el Capítulo II intitulado “Exhibición de las Pruebas” y, en especial, los arts. 5 a 7.

prueba relativas a las acciones de resarcimiento de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia (art. 283 bis g) *in fine*), remitiendo a las subsecciones 2º y 3º, respectivamente, para su regulación y régimen en procesos relativos a la propiedad intelectual e industrial y en procesos para el ejercicio de acciones de daños por violación del derecho de la competencia.

Ciertamente, la materia propia del Derecho de la competencia presenta unas peculiaridades que exigen un tratamiento específico y contextualizado, pero ello no justifica operar una inversión de los términos estableciendo éste como régimen general, porque su aplicación indiscriminada genera, como se verá a continuación, importantes disfunciones.

En otro orden de cosas, la PLTD ha procedido a adaptar la aludida mención a la “exhibición de pruebas” a nuestro ordenamiento procesal “rebautizándola” bajo la fórmula de “acceso a las fuentes de prueba”, entendiendo que éstas se identifican, según la Exposición de Motivos II, párrafo 8º, con “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno”. De este modo se quiere respetar la tradicional distinción entre fuentes de prueba -elementos que existen en la realidad con anterioridad al proceso- y medios de prueba -conceptos jurídicos que sólo existen en el proceso, y que se conforman como los instrumentos procesales a través de los cuales se incorporan las fuentes a aquél-⁴¹. La adaptación realizada por la Propuesta de trasposición es del todo acertada ya que la referencia a la exhibición de las pruebas que regula la Directiva se identifica con el acceso a las fuentes de prueba en Derecho español.

No obstante estos aspectos positivos, la refundición de las dos instituciones aludidas (diligencias preliminares y exhibición de documentos) en un conjunto de actuaciones englobadas por la fórmula de “medidas de acceso a las fuentes de prueba (arts. 283 bis a) y ss)” con especial mención a específicas fuentes de prueba (art. 283 bis g) genera una serie de problemas que guardan relación, entre otros aspectos, con el momento procesal de operatividad de cada una de ellas y con la diversa finalidad que están llamadas a cumplir. Abordamos a continuación estas cuestiones.

⁴¹ Vid. J. MONTERO AROCA, (nt. 37), 196 “Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal (Sentís Melendo)”.

En primer lugar, puede parecer carente de sentido aludir a la finalidad de las diligencias preliminares cuando de prosperar la regulación contenida en la PLTD resultarían derogadas. Ha de apuntarse, no obstante, que el hecho de que dejen de existir formalmente no supone que deje de ser necesaria su existencia. Su supresión formal no resuelve, por tanto, el problema real de su imprescindible presencia, ya que el futuro actor que pretenda entablar de forma solvente un proceso puede seguir precisando de información que no obre en su poder.

En segundo lugar, el art. 283 bis a) permite que el actor, demandado o sujeto que se proponga demandar solicite al órgano judicial la adopción de todas aquellas medidas necesarias para acceder a las fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros que, a juicio del tribunal, permitan al solicitante tomar conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, informes periciales, testigos, sujetos que podrían ser interrogados como parte y reconocimientos judiciales, si bien el acceso a la fuente no exime a la parte solicitante de proponer regularmente el medio de prueba pertinente. El precepto incorpora una regulación coordinada de la solicitud de fuentes de prueba para proceder a su pertinente encaje procesal a través de correspondiente medio de prueba previsto en el art. 299 LEC.

Esta última afirmación supone concluir, en tercer lugar, que el objetivo de todas las medidas previstas es acceder a fuentes de prueba entendidas como “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno” de forma que quien formule la solicitud, ha de acreditar que las medidas son necesarias para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles en el proceso pendiente o que se vaya a incoar (art. 283 bis c) 1.a))⁴².

De ser esto así, en esta regulación no tendría cabida la petición de información para iniciar el proceso, propia de las diligencias preliminares porque su finalidad directa no es obtener fuentes de prueba para contribuir a formar la convicción judicial⁴³, sino disponer de determinados datos (relativos, por ejemplo, a la capacidad, representación, legitimación, etc.) para, en su caso, instar la iniciación del proceso. La consecuencia relevante en este punto es

⁴² Recuérdese que, siguiendo la Exposición de Motivos, lo que se pretende con la nueva regulación es permitir “que los justiciables tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba”.

⁴³ Las diligencias preliminares no pueden entenderse comprendidas bajo el *nomen* de acceso a las fuentes de prueba porque, sin perjuicio de que la documentación exhibida pueda ser utilizada en su caso como fuente de prueba documental, lo cierto es que ni tiene porque cumplir con ese fin ni es esa la finalidad que están primordialmente llamadas a cumplir.

que podrán ser judicialmente inadmitidas las solicitudes enderezadas a preparar el proceso porque no se acomodan al *telos* que contempla la norma y, consecuentemente, quien se plantee documentarse para decidir sobre la iniciación de un proceso puede resultar privado de datos esenciales para hacerlo.

En cuarto lugar, la PLTD establece una regulación común que permite que las medidas de acceso a las fuentes de prueba puedan ser solicitadas al tribunal por el actor, por el demandado, pero también por todo sujeto que se proponga demandar (art. 283 bis a) 1). Es en este último supuesto, en el que encajarían las actuales diligencias preliminares ya que siempre operan antes de la demanda con la finalidad de preparar el proceso, mientras que las medidas solicitadas en la demanda por el actor, o en la contestación por el demandado, tienen por objeto, en su caso, preparar la prueba en un proceso ya existente. La previsión de un régimen indiscriminado en este punto, puede acarrear disfunciones en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan como se expondrá a continuación.

El art. 283 bis j) regula el momento para la solicitud de acceso a fuentes de prueba disponiendo que ésta puede formularse antes de la incoación del proceso, en la demanda o pendiente el proceso. En el primer supuesto, el solicitante debe indicar las acciones que pretende ejercitar entendiendo la PLTD que, en este caso, la solicitud dará comienzo a la litispendencia siempre que se establezca con claridad lo que se vaya a ser objeto del proceso. A nuestro modo de ver, y conforme al art. 410 LEC, la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda si ésta es admitida. Dicho de otro modo, hay litispendencia cuando existe un litigio pendiente no cuando, como puede suceder en algunos casos, simplemente se solicita información para decidir si incoarlo⁴⁴. La crítica, en este punto es que la solicitud de información para iniciar el proceso dirigida al tercero o a la otra parte a través del juez no “procesaliza” la situación, sino que simplemente la “judicializa”.

El art. 283 bis m) contempla las consecuencias que se derivan de la obstrucción en la práctica de las medidas. Veamos más detenidamente alguna de ellas:

El art. 283 bis m) 1) prevé que el juez pueda acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueda incurrir el solicitado

⁴⁴ Vid. M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho Procesal Civil*. (nt.37), 267. Asimismo vid. J. MONTERO AROCA, (nt.37), 285 y 286. Con la palabra litispendencia se está haciendo referencia a la pendencia de un litigio. En cuanto al tiempo de la litispendencia afirma que lo problemático ha sido la determinación del momento inicial, el *dies a quo*, “aunque ahora debe estarse al art. 410 LEC: Se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”.

por desobediencia a la autoridad judicial. Pero, además, el art. 283 bis m) 1. a) dispone que el solicitante podrá pedir que el juez declare como admitidos los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, debiendo fijar con precisión a estos efectos, los hechos a los que debe extenderse la declaración. Esta previsión, que ya se contempla en la regulación de algunas de las diligencias preliminares (art. 261. 1º y 4º LEC) tiene el inconveniente de que, referida a ciertas “fuentes” de prueba, por ejemplo las relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, etc. no puede suponer reconocer o admitir una capacidad, legitimación etc. que se tiene o no se tiene, pero que, en ningún caso, puede resultar otorgada por la negativa o la obstaculización⁴⁵.

Por otra parte, el art. 283 bis m) 2) dispone que, en caso de obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, el solicitante puede pedir al tribunal que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular, para ello fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento tácito. Varias cuestiones han de tenerse en consideración en este punto.

1º) El allanamiento es un acto de disposición intraprocesal del demandado respecto al fondo⁴⁶ que no puede producirse cuando aún no existe una pretensión formulada ni, por tanto, un demandado que pueda allanarse, ni siquiera cuando se explicita qué pretensión se tiene intención de formular. Esta figura exige, en definitiva, la litispendencia. El problema es que este supuesto es posible dada la afirmación contemplada en el art. 283 bis j) 2): la solicitud de las medidas de acceso antes de la iniciación del proceso genera litispendencia si se establece con claridad lo que vaya a pedirse. La regulación, a nuestro modo de ver, no es correcta. Si la solicitud previa al proceso no produce pendencia del proceso, no cabe en este momento procesal hablar de allanamiento del futuro demandado. Ello significa que aunque el solicitante podría pedir tal consecuencia, el juez no debería concederlo.

⁴⁵ Vid. J. MONTERO AROCA, (nt.37), 152. En relación con las la primera de las diligencias preliminares contempladas en el art. 261 afirma que, según este precepto si el sujeto pasivo no comparece, no contesta o contesta de modo evasivo, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del proceso posterior, pero esto no puede suponer que existan la capacidad, la representación o la legitimación, sino sólo que el demandado no podrá negar los hechos.

⁴⁶ Vid. M. ORTELLS RAMOS, (nt.37), 393; J. MONTERO AROCA, (nt.37), 360-361. El allanamiento es un acto procesal por el que el demandado manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con ella, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará. Entre sus efectos se encuentra la terminación del proceso por conformidad con las pretensiones del actor, con la salvedad de que se trate de un allanamiento parcial

2º) El allanamiento tácito se contempla puntualmente en la LEC (siempre pendiente un proceso). Así sucede en algunos casos en el juicio verbal; ejemplificativamente⁴⁷, la incomparecencia del demandado a la vista equivale al allanamiento en procesos para la efectividad de derechos reales inscritos en el registro de la propiedad (art. 440.2 LEC) y en los procesos de desahucio (art. 440.3 LEC) el silencio ante el requerimiento de pago o la incomparecencia a la vista se traducen en allanamiento. Ciertamente en el supuesto que nos ocupa no existe inactividad, sino obstrucción en el acceso a la información necesaria para el solicitante pero, en todo caso, parece excesivo inferir que la obstaculización equivale, a modo de sanción (a estos efectos es más adecuada la imposición de multas coercitivas previstas en el apartado d) de este mismo precepto) a un acto de disposición material sobre el objeto del proceso cuando puede suceder que ni siquiera el proceso se haya entablado y, por tanto, no existe en buena técnica objeto procesal sobre el que disponer.

3º) Asimismo, el art. 283 bis m) c) permite a quien solicite estas medidas que, en caso de obstrucción por el solicitado, el tribunal acuerde la desestimación total o parcialmente de las excepciones o reconveniones que pudiese ejercitar en el proceso principal. Para ello el solicitante fijará con precisión las excepciones o reconveniones a los que, a su juicio, debe extenderse la desestimación. Entendemos que es extensible en este punto la crítica realizada en el apartado anterior en cuanto a lo oneroso de la medida a imponer y a la cuestionada posibilidad de que pueda acordarse la desestimación de las defensas y pretensiones esgrimibles en un futuro proceso inexistente en el momento en que se acuerda.

II. *Valor del pronunciamiento administrativo en el juicio civil*

A) *Situación pre-Directiva*

La aplicación concurrente del Derecho de la competencia desde dos perspectivas: pública y privada y, por tanto, desde dos procedimientos y jurisdicciones suscita necesariamente la cuestión de la coordinación entre ellas. Fundamentalmente, el problema se presenta en el caso de acciones de seguimiento o *follow-on*, es decir, acciones civiles entabladas tras una resolución administrativa de una ACN o de la Comisión –firme o no-, en las que se constata la existencia de un ilícito competitivo. Esta interrelación entre procedimientos plantea como primera y esencial cuestión el valor que cabe atribuir a la resolución administrativa en la que

⁴⁷ Otros supuestos son los de los art. 441.4, art. 250.1 10º y 11º la inasistencia del demandado a la vista supone el dictado de sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. art. 602 LEC la no contestación a la demanda en la tercería de dominio se entiende como admisión de los hechos alegados por el tercerista en la demanda, lo mismo sucede con la tercería de mejor derecho (art. 618 LEC). Vid. J. MONTERO AROCA, (nt.37), 296 y M. ORTELLS RAMOS, (nt.37), 275 y 276.

se establece la existencia de un acuerdo anticompetitivo o de una conducta abusiva por parte de una empresa dominante en relación al juez civil. La efectividad y coherencia del propio sistema –que se pondría en entredicho en caso de resoluciones discrepantes sobre los mismos hechos- depende de lograr un punto de equilibrio en este delicado terreno en el que aparecen implicados principios de la envergadura de la independencia judicial o los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

El reconocimiento de valor vinculante a la resolución administrativa en la que se constate una infracción *antitrust* en un posterior juicio civil posee, innegablemente, enormes ventajas en la práctica, tanto generales como particulares. En primer lugar, al evitar que el juez civil vuelva a tener que discutir sobre los mismos hechos, anula el riesgo de soluciones contradictorias, con la subsiguiente tutela y refuerzo de la seguridad jurídica. Además y, en atención a la complejidad técnica que conlleva la aplicación de las normas *antitrust*, garantiza que ésta haya sido realizada por órganos especializados, dotados de mayores medios y facultades de investigación.

Desde la perspectiva del perjudicado en su patrimonio como consecuencia de una conducta anticompetitiva, es indudable que las posibilidades de éxito de sus pretensiones se pueden ver reforzadas si existe una previa decisión administrativa sancionadora de la conducta que vincule a los tribunales civiles. En efecto, dependiendo del valor que se otorgue a la resolución de la autoridad de competencia, podría facilitarse al actor la prueba no sólo del hecho ilícito⁴⁸, sino incluso de otros presupuestos de la responsabilidad civil como la existencia de dolo o culpa⁴⁹ o, incluso, dependiendo de la práctica examinada, del nexo causal entre el comportamiento ilícito y el daño⁵⁰. Por tanto, al proteger a las víctimas, tutelando sus intereses, favorece el desarrollo de la aplicación privada.

⁴⁸ Acreditar que se ha producido una vulneración de las normas de competencia, en ausencia de un pronunciamiento administrativo previo, puede ser un ejercicio de enorme complejidad y muy difícil cumplimiento, tanto por la existencia de importantes asimetrías informativas entre las partes como, en el caso de las infracciones más graves, por los propios costes de detección e identificación de la conducta prohibida.

⁴⁹ La configuración del régimen español en materia de responsabilidad extracontractual descansa en la idea de culpa (art.1902 CC), lo que supone que el demandante tiene que probar que la conducta ilícita fue realizada negligente o dolosamente. Ahora bien, en ocasiones, es posible acreditar la culpa mediante presunciones (con la correspondiente inversión de la carga de la prueba). En el campo de acciones resarcitorias derivadas de infracciones de la competencia, se ha defendido por los tribunales (en línea con las propuestas comunitarias contenidas, por ejemplo, en el Libro Blanco), que la resolución administrativa de ilicitud de la conducta puede ser considerada prueba de la acción culposa del infractor, trasladándose a éste la carga de demostrar que la infracción fue en realidad, el resultado de un error excusable genuinamente (vid. *ad. ex.* Sentencia del JPI núm.4 de Madrid de 7 de junio de 2005).

⁵⁰ El demandante, en una acción de resarcimiento, tiene que acreditar la existencia de un daño, es decir, que la conducta del infractor ha conducido a una lesión de su patrimonio individual. Como tendremos ocasión de examinar más adelante, la Directiva ha fijado una presunción *iuris et de iure* de que determinadas prácticas anticompetitivas, concretamente los cárteles, causan daños y perjuicios (art. 17.2). Esto significa que, acreditada

A nivel europeo, el Reglamento 1/2003 (art.16), recogiendo normativamente la solución ofrecida por el TJUE en el caso Masterfoods (*ci*), atribuye expresamente valor vinculante, en relación a todas las ANC y jueces de los Estados miembros a las decisiones de la Comisión de constatación de una infracción *antitrust* (adoptadas o simplemente “previstas” o, incluso suspendidas cautelarmente por el juez comunitario⁵¹) que se refieran a los mismos hechos objeto de procedimiento administrativo o judicial nacional⁵².

Por lo que se refiere a las decisiones de las autoridades nacionales, la situación es muy diversa dependiendo de los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Alemania y Austria, sus jueces están vinculados no sólo por las decisiones de sus autoridades administrativas, sino también por las de las autoridades del resto de Estados miembros. En el Reino Unido, Bulgaria y Hungría la vinculación se establece únicamente en relación a las decisiones de las autoridades de competencia propias. Existen, a su vez, notables divergencias sobre el momento en el que se produce la vinculación (por ejemplo, desde la mera resolución administrativa o sólo cuándo ésta haya alcanzado firmeza en vía judicial) así como sobre su alcance, es decir, sobre los elementos que específicamente vinculan al juez (los hechos simplemente o también su calificación jurídica). En Italia, se considera que la decisión administrativa que sanciona la existencia de una infracción *antitrust*, adoptada por la AGCM tiene simplemente el valor de prueba privilegiada, operando como presunción *iuris tantum* de ilegalidad, en el caso de ejercicio de eventuales acciones resarcitorias⁵³. Esta misma solución defiende Estados como Dinamarca o Polonia.

En España⁵⁴, en este momento, tan solo las decisiones de la Comisión, por imperativo comunitario, tienen fuerza vinculante. No existe un pronunciamiento formal al respecto, por

la existencia de un cártel, se considera acreditado a su vez que éste ha causado un daño, correspondiendo entonces a la víctima demostrar que su patrimonio es uno de los afectados por dicho daño.

⁵¹ La vinculación se produce independientemente de si la decisión de la Comisión es definitiva o ha sido cuestionada en un recurso de anulación ante el TJUE.

⁵² Esto supone que si bien el juez conserva siempre su derecho de interponer una cuestión prejudicial, está sujeto a la decisión sobre compatibilidad o incompatibilidad de una conducta con los artículos 101 y 102 TFUE, sin que pueda realizar un juicio autónomo sobre estos extremos. Vid. *in extenso*, sobre el origen y alcance del artículo 16 del Reglamento 1/2003, el completo análisis de A. L. CALVO CARAVACA-J. SUDEROW, *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust*, CDT, vol. 7, núm.2, 2015, 114 y ss.

⁵³ Pese a que exista una resolución de infracción, es necesario garantizar al demandado la posibilidad de demostrar la interrupción del nexo causal entre el ilícito constatado en sede administrativa y el daño pretendido por el actor. Ahora bien, en ningún caso, el demandado puede volver a litigar sobre las mismas circunstancias de hecho que hayan sido ya acreditadas en el procedimiento administrativo Vid. M. CARPAGNANO, *Responsabilità...*, 854.

⁵⁴ Idéntica situación era predicable de Bélgica o Francia. Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, (nt.52),144 y ss.

lo que operaría plenamente el principio de independencia judicial, y, por tanto, el juez podría valorar de forma autónoma los elementos del ilícito concurrencial. Si bien, inicialmente, podría pensarse que el riesgo de resoluciones civiles contradictorias con las resoluciones administrativas es más hipotético que real, dado las distintas finalidades de uno y otro procedimiento, y la plena competencia –y libertad- del juez para decidir sobre el resto de presupuestos de la responsabilidad civil: la existencia de un daño derivado causalmente del acto ilícito y de una conducta culposa, en la práctica se han planteado situaciones de conflicto. Por tanto, conviene, antes de entrar a analizar el impacto de la Directiva, delimitar el alcance de este principio de independencia del juez, distinguiendo entre el carácter vinculante de las decisiones de la CNMC (u otras autoridades administrativas) y, en su caso, el de las sentencias que las revisen por vía contencioso-administrativa.

Pese a que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no ha sido una cuestión pacífica, actualmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han reconocido la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material⁵⁵. Esta interpretación también ha sido defendida por el Tribunal Supremo, en el célebre caso del azúcar⁵⁶, si bien, dado el carácter movedizo de las arenas en que se mueve de forma, a nuestro juicio, deliberadamente ambigua, al menos por lo que se refiere al alcance de la vinculación. El Tribunal estableció que los hechos probados por la autoridad administrativa (incluida su gravedad) y **ratificados por la jurisdicción contenciosa**⁵⁷, adquieren el efecto de cosa juzgada y que, en caso de que los jueces quieran realizar una interpretación jurídica diversa de la realizada por la autoridad de competencia de dichos hechos deben hacerlo de manera explícita y razonada.

Con relación a las resoluciones administrativas, es decir, a las decisiones de constatación de una infracción de la CNMC (o de las autoridades de la competencia autonómicas), éstas, en ningún caso tienen carácter vinculante para el juez civil⁵⁸. Lo contrario significaría reconocer la existencia de ámbitos de actuación administrativa exentos de control judicial.

⁵⁵ Vid. I. SANCHO GARGALLO, *Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia*, *Indret*, núm.1, 2009, 14 y ss..

⁵⁶ Sentencia del TS de 7 de noviembre 2013, Sala de lo Civil, núm. 651/2013, *Azúcar*.

⁵⁷ El TS, en ningún momento, examina la posibilidad de que el juez civil resulte vinculado por una decisión administrativa (*id. est.*, por la decisión sancionadora de la CNMC), sino que se refiere siempre a la vinculación entre resoluciones judiciales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales. De hecho, la propia rúbrica que encabeza el motivo en que se analiza esta cuestión, elimina cualquier posible duda al respecto, al referirse exclusivamente a “*la trascendencia de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por la del Tribunal Supremo*”.

⁵⁸ Vid. A. ARRIBAS, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad*, en VELASCO y otros (dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (nt.11), 176-177.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma tajante en esta cuestión, recalcando la diferencia entre resoluciones administrativas y resoluciones contencioso-administrativas a efectos de vinculación al juez civil y, así, en su sentencia de 9 de enero de 2015⁵⁹, recuerda que: “(...) una decisión de la CNC ... es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión (...). Pero la resolución de la CNC sobre la ilicitud del pacto entre empresas fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil que debe pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil”.

En el caso de decisiones de las autoridades administrativas de competencia, se prevén únicamente una serie de mecanismos de coordinación y cooperación tendentes a garantizar una aplicación uniforme del Derecho nacional de competencia y a evitar soluciones discrepantes. En este sentido, el juez civil tiene la posibilidad de suspender el procedimiento en el caso de que ya exista un procedimiento administrativo abierto sobre los mismos hechos⁶⁰. A esta misma finalidad obedece la introducción en 2007 de una figura procesal, hasta el momento extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pero presente en otras jurisdicciones como la estadounidense. Se trata de la estructura conocida como “*amicus curiae*”, que posibilita la intervención de las autoridades de competencia (europeas, nacionales o autonómicas) en los procesos civiles, sin tener la condición de parte, ya sea por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o la presentación de observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia europeas y nacionales⁶¹. Todo ello, sin perjuicio además, de que, en muchos casos nos encontremos, pese a la ausencia de una vinculación *de iure*, con una vinculación *de facto*, que determina que las decisiones de la CNMC gocen de gran valor probatorio ante los tribunales civiles y que éstos la reconozcan cierta *autoritas*, asumiendo el juicio realizado por

⁵⁹ Sentencia del TS de 9 de enero 2015, núm. 634/2014, *Media Pro/Sogecable*.

⁶⁰ La suspensión por prejudicialidad administrativa se encuentra regulada en los artículos 434.3 y 465.5 LEC, en los que se establece que tanto el Juez de lo Mercantil como la Audiencia Provincial podrán suspender el plazo para dictar sentencia cuando “tengan conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las CC.AA. y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”.

⁶¹ El objeto de la intervención, por tanto, no lo constituye en ningún caso la defensa de una pretensión particular, sino simplemente facilitar la resolución del caso, proporcionando al tribunal civil información relevante, generalmente objeto de un expediente administrativo relacionado, así como garantizar que el Derecho de la Competencia sea aplicado de forma coherente, informando sobre los criterios y reglas de su aplicación. Con carácter general, sobre la figura del *amicus curiae* en procedimientos de competencia, Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. *La intervención de las autoridades administrativas de competencia en la aplicación judicial privada del Derecho de la competencia*, en VELASCO y otros (Dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (nt.11), 250 y ss. Recoge distintos casos en los que la CNC ha intervenido como *amicus curiae*, GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del amicus curiae en España*, Barcelona, 2012, disponible en <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-10-ESP.pdf>.

ésta sobre si los hechos en los que se basa la infracción civil constituyen o no una infracción desde el punto de vista del Derecho *antitrust*.

B) *El artículo 9 de la Directiva: ¿nuevo límite al principio de independencia judicial?*

Con el trasfondo analizado, se aprueba la Directiva que entra en un terreno aún más delicado, ya que el objeto de su regulación lo constituye ahora, no el efecto de decisiones de órganos comunitarios, sino el efecto de las decisiones de las autoridades de competencia nacionales ante los tribunales civiles nacionales. Ya no estamos en presencia de disposiciones o normas europeas cuya tutela y garantía de una aplicación uniforme justifique la intervención de las autoridades comunitarias. Rechazando soluciones intermedias, como la fijación de presunciones rebatibles de validez de las decisiones de las autoridades de la competencia, se establece, de forma paralela a la solución adoptada en el Reglamento 1/2003 en relación a las decisiones de la Comisión, el carácter vinculante de las constataciones de infracción de la normativa de competencia recogidas en decisiones firmes de las autoridades nacionales de competencia o de los órganos jurisdiccionales de revisión a efectos de las demandas de daños y perjuicios presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 9)⁶². En relación a las resoluciones de autoridades de competencia de otros Estados miembros, la redacción final, ante las resistencias encontradas, se separa de propuestas anteriores que defendían idéntica solución y simplemente se les reconoce su valor como “indicio razonable” de la existencia de una infracción de las normas de competencia⁶³.

La PLTD, siguiendo el mandato comunitario, contempla, en el título relativo al contenido sustantivo, la vinculación de la autoridad judicial civil a la resolución administrativa firme tanto de las autoridades de competencia nacionales como de las autoridades de competencia extranjeras. Haciendo uso de la libertad permitida por la norma europea y siguiendo el modelo alemán, propone la superación del tradicional alcance territorial de las decisiones administrativas. Esta decisión ha de ser valorada positivamente en cuanto, constituye un ejercicio de coherencia y racionalidad económica, cuyos riesgos además se eliminan si existen mecanismos que garanticen que en la resolución de la autoridad extranjera

⁶² Los Estados miembros velarán porque se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere IRREFUTABLE a los efectos de una acción por daños ejecutada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9.1).

⁶³ Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales, al menos como PRINCIPIO DE PRUEBA de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes (artículo 9.2).

(que entendemos habrá de ser firme también) se han respetado convenientemente los derechos de la defensa⁶⁴.

La doctrina ha señalado que, el artículo 9 añadiría un nuevo límite a la independencia del poder judicial, ampliando en ciertos supuestos la competencia de las ANC en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción⁶⁵. ¿En qué supuestos? ¿Qué implica realmente esta nueva regla de vinculación del juez civil? ¿Supone realmente una novedad y una ruptura con la situación anterior? ¿Es equiparable al artículo 16 del Reglamento 1/2003 referido al carácter vinculante de las decisiones de la Comisión?

Como señalamos al presentar la cuestión, el terreno en el que se desarrolla este debate es muy delicado, demarcado por principios de relevancia constitucional. El artículo 9 llega, por tanto, todo lo lejos que puede llegar sin alterar el orden constitucional de los Estados miembros –o, al menos, de algunos Estados miembros-. A diferencia de lo que sucede con las decisiones de la Comisión, la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: **la firmeza**. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración⁶⁶. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial⁶⁷, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante –*de iure*- (ni en relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil⁶⁸.

La introducción del artículo 9 de la Directiva en el ordenamiento jurídico español no supone, a nuestro juicio, una alteración significativa en relación al efecto de las decisiones administrativa nacionales en litigios civiles, limitándose a codificar la solución ya admitida por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. La fórmula de la Directiva (tal y como ha sido recogida en la PLTD), en ningún momento permite deducir que el juez civil se encuentre vinculado por una resolución de constatación de una infracción por parte de

⁶⁴ Vid. *in extenso*, sobre este punto y el debate al que dio lugar en el ordenamiento jurídico alemán: A. CALVO CARAVACA- J. SUDEROW, *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust*, CDT, vol. 7, núm.2, 2015, 144 y ss.

⁶⁵ Vid. A. CALVO CARAVACA- J. SUDEROW, *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia...*, (nt.64), 129.

⁶⁶ La Directiva define, con carácter general, la resolución de infracción firme, como “*toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario*”.

⁶⁷ A estas situaciones se equipara la firmeza derivada de la no interposición de recurso en los plazos pertinentes, lo que implica una renuncia al control judicial de la actuación del órgano administrativo. La vinculación judicial no deriva de que la decisión provenga de un órgano administrativo, sino de que el afectado ha consentido con su inactividad (ausencia de recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la autoridad de competencia) la decisión administrativa, propiciando su “irrevisibilidad” judicial.

⁶⁸ Vid. H. BROKELMANN: *La Directiva de daños y su transposición en España*, (nt.26), 10 y ss.

una autoridad de competencia. Al exigir un requisito de firmeza, reclama la necesaria actuación y control judicial, de tal modo que (con la excepción ya comentada de que la resolución no hubiera sido recurrida en plazo) la vinculación se produce respecto, no de la resolución administrativa, sino de la resolución contencioso-administrativa. Esto significa que si se interpone una acción de daños antes de que la resolución administrativa haya alcanzado firmeza en vía contenciosa⁶⁹, el demandante tendría que demostrar la existencia de una infracción sin poder recurrir *de iure* a la prueba de la propia resolución administrativa. Ello con el riesgo añadido de que el juez civil resuelva en base a la resolución administrativa y ésta pueda ser anulada posteriormente en sede contencioso-administrativa, dando lugar a la situación inversa: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y reconocimiento de responsabilidad civil, lo que a su vez permitiría extender el debate sobre la vinculación o no del juez a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción⁷⁰.

III. Prescripción

El plazo de prescripción de la acción, cerrando el acceso a los tribunales en base al transcurrir del tiempo, es uno de los elementos procesales que más incidencia tiene sobre la efectividad de la aplicación entre sujetos privados de las normas de competencia. En línea de principio, un plazo de prescripción muy breve podría comprometer seriamente la efectividad de todo el sistema de aplicación privada, frustrando al mismo tiempo, las exigencias de tutela

⁶⁹ Esta posibilidad se abre tras la eliminación del requisito de procedibilidad del antiguo artículo 13 LDC de 1989, que exigía la firmeza de la resolución administrativa para poder acudir a los tribunales civiles. Ahora las víctimas de una infracción antitrust pueden ejercer sus respectivas acciones de resarcimiento de daños sin necesidad de que exista una resolución administrativa de infracción (acciones *stand-alone*) y de existir ésta, sin necesidad de esperar a su firmeza.

⁷⁰ Vid. A. HUERGO LORA, *La CNMC, los tribunales civiles y los contencioso-administrativos en la aplicación del Derecho de la competencia*, en www.almacenederecho.org. La sentencia del Juzgado mercantil 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, en el marco del famoso caso del cártel del seguro decenal (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, núm.12 del 7 noviembre 2013, *Muscaat v. Asefa, Caser y Scor*) daba lugar a una situación de estas características ya que el tribunal civil reconocía la responsabilidad civil derivada de un acto (boicot), derivado a su vez de un cártel de fijación de precios apreciado por la autoridad de competencia, pero anulado posteriormente por la Audiencia Nacional. Posteriormente, el TS anulará la sentencia de la AN, dando la razón a la CNC y validando la sanción a las aseguradoras⁷⁰ (sentencia del 22 de mayo de 2015). Para un análisis del caso en profundidad, vid. F. F. MARCOS, *Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil nº12 de Madrid de 9 de mayo de 2014*, 16, RCD, 2015, y las reflexiones críticas de este autor en *Matrioskas judiciales en la revisión del cártel del seguro decenal* disponible en <http://almacenederecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/>.

de los damnificados. Por el contrario, un plazo excesivamente largo podría suponer para el autor del daño una exposición excesiva a las acciones de terceros.

El plazo también tiene relevancia desde otra perspectiva, concretamente a los fines de una eficaz interacción entre *public* y *private enforcement* y, en particular, para el ejercicio efectivo de acciones *follow on*. Desde este punto de vista, un plazo breve, dificultaría el ejercicio de acciones basadas en una decisión administrativa condenatoria, especialmente si ha transcurrido mucho tiempo hasta la adopción de la decisión definitiva. Por el contrario, un plazo reducido podría conducir a la paradójica situación de que, una vez que la autoridad administrativa competente hubiese publicado la decisión de condena, ya hubiera transcurrido el plazo para la proposición de la acción civil.

En este ámbito, también existía una notable ausencia de homogeneidad entre los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Italia, el plazo de prescripción para una acción de daños extracontractual está fijado en cinco años desde el momento en que pueda hacerse valer el derecho (art. 2395 *Codice Civile*). En el Reino Unido cabe distinguir distintos plazos de prescripción. Así, existe un primer plazo para ejercitar acciones ante la High Court generalmente de seis años desde que se produjo el daño. Plazo que puede ser postergado si se el demandado oculta elementos facticos deliberadamente. En el caso de acciones *follow-on* ante la CAT, el procedimiento debe empezar en un plazo de dos años desde la fecha relevante, generalmente la de decisión más los plazos de apelación⁷¹. En España, al aplicarse las normas generales sobre responsabilidad extracontractual, el plazo general para el ejercicio de acciones de daños está fijado en tan sólo un año desde el momento en el que el perjudicado haya tenido conocimiento de la existencia del daño (art. 1968 CC).

La solución recogida en la Directiva (artículo 10) reproduce la ya adelantada en la propuesta, fijando un plazo mínimo de prescripción de cinco años desde el momento del cese de la infracción y siempre que el actor tenga –o haya podido tener- conocimiento de determinados hechos, concretamente, de la conducta y del hecho de que ésta sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, de que la infracción le causó un perjuicio así como de la identidad del infractor. En cuanto a las infracciones repetidas o continuadas, el plazo no empezaría antes del día del cese de éstas.

La norma europea también prevé la interrupción o suspensión –en función del Derecho nacional- de los plazos de prescripción por la intervención de una autoridad de competencia

⁷¹ Vid. R. WHISH-D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, 315

en relación con esa infracción. Dicha suspensión tiene un plazo mínimo de un año desde que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

La transposición de la Directiva en el ordenamiento español exigía necesariamente una regulación específica que desplazara la aplicación de la arcaica norma del Código Civil, y en la que se previera tanto un plazo especial de prescripción como la regulación de la intervención de una autoridad de competencia como nueva y específica causa de interrupción del término de prescripción.

En este sentido, la PLTD va a reproducir fielmente el mandato comunitario. Se fija en cinco años, sin hacer uso de la facultad permitida de establecer uno mayor, el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Se reproduce el texto europeo en relación al inicio del cómputo y las circunstancias de las que debe estar al corriente el damnificado y se introducen como causas específicas de interrupción de los plazos, tanto la intervención de una autoridad administrativa de competencia como el inicio de un procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de daños y perjuicios ocasionados. En este último caso, la interrupción sólo afectará a las partes del proceso extrajudicial (propuesto artículo 74 LDC).

IV. *Responsabilidad conjunta y solidaria*

La Directiva recoge, finalmente, distintas normas en materia de responsabilidad, tanto *ad extra* como *ad intra*. La base de todo el sistema de responsabilidad dibujado en la norma descansa sobre una primera regla general: la responsabilidad conjunta y solidaria (*joint and several liability*) de todos los participantes en el cártel o en la práctica anticompetitiva.

Se prevén únicamente excepciones en relación con las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES) y los participantes en un programa de clemencia. Las primeras, siempre que se satisfagan determinados requisitos, sólo responden en relación a sus propios adquirentes directos e indirectos. En el caso de los beneficiarios de la inmunidad serán responsables solidarios, sólo ante sus propios compradores, directos o indirectos. En relación con otras partes perjudicadas, su responsabilidad tendrá carácter subsidiario. Se activará únicamente, cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás

empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia (artículo 11). Se recoge así, finalmente, con carácter imperativo, una aspiración clásica del ejecutivo comunitario, que barajó esta protección específica de los beneficiarios del programa de clemencia ya desde el inicial Libro Verde.

La Directiva también regula, en este mismo precepto, la responsabilidad interna y el posible ejercicio de acciones de repetición entre los coautores de la infracción. En línea de principio, el infractor tiene derecho a recuperar de cualquier otro coautor una cantidad cuyo importante vendrá determinado en función de sus responsabilidades respectivas por el daño causado por la violación del Derecho de la competencia. De nuevo, existen algunas salvaguardas en relación a los clementes. Éstos se exponen en repetición sólo al importe del daño que han causado a sus propios adquirentes o proveedores directos o indirectos. Por tanto, en el caso de que hubieran indemnizado a sus propios clientes, estarán a salvo del eventual ejercicio de una acción de repetición (excluyendo naturalmente el supuesto de que todos los coautores fueran declarados insolventes).

Más ambigua resulta una segunda regla según la cual en la medida en que la violación del Derecho de la competencia hay causado un daño a sujetos diversos de los adquirentes o proveedores directos o indirectos de los autores de la violación, el importe de la contribución del beneficiario de la inmunidad a los otros autores de la violación debe ser determinado a la luz de su responsabilidad relativa por dicho daño. De este precepto, cabe deducir que el beneficiario de la inmunidad no responde frente a terceros perjudicados, siendo posible, no obstante, la responsabilidad relativa de los beneficiarios de reducciones en las sanciones⁷².

La totalidad de las disposiciones sobre responsabilidad externa e interna tienen que ser incorporadas *ex novo* al ordenamiento español. El principio de *joint and several liability* obliga al legislador a introducir en relación a las acciones de daños una derogación de la regla general sobre obligaciones civiles con pluralidad de deudores, que en nuestro ordenamiento continúa siendo la mancomunidad. Además, todas las particularidades del nuevo sistema, referidas a las PYMES y a los solicitantes de clemencia tienen que ser contempladas de manera expresa.

La PTD de nuevo, acomete esta misión, transcribiendo con exactitud el texto comunitario, y recogiendo los principios sobre solidaridad dentro de la regulación sustantiva de las acciones de daños contenida en el nuevo Título cuya anexión a la LDC se propone, concretamente en su artículo 73.

⁷² Vid. V. SOPEÑA- G. A. MARTÍN, *La transposición de la Directiva Europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España...*, (nt.24).

3. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño

I. Alcance y naturaleza del daño

A) Daño emergente, lucro cesante e intereses

La Comisión europea, con base en los principios de eficacia y equivalencia y en la interpretación de éstos llevada a cabo por las autoridades judiciales europeas en el caso *Manfredi*, mantiene la existencia de un concepto de daños europeo derivado de la infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, que comprendería necesaria –y **únicamente**- tanto el perjuicio directamente causado (daño emergente), el beneficio dejado de percibir (lucro cesante) y los intereses generados desde la fecha de causación del daño a fin de conseguir el total resarcimiento de la víctima (*full compensation principle*). A este respecto, resulta interesante destacar dos enmiendas introducidas por el Parlamento y el Consejo a la propuesta inicial de la Comisión.

En primer lugar, si bien se reconoce el derecho de la víctima al cobro de los intereses se ha suprimido la referencia al momento a partir del cual computar el devengo de dichos intereses, al menos, en la parte dispositiva de la norma. Cuestión polémica y de gran trascendencia en la práctica judicial que, frente a la solución armonizadora ofrecida inicialmente por la Comisión (momento de producción del perjuicio), se prefiere ahora reenviar a la normativa de los Estados miembros. Ahora bien, no se ha renunciado del todo a la propuesta inicial, ya que en el Considerando 12 de la norma, se establece, de forma categórica que: “*los intereses deben exigirse desde el momento en ocurrió el daño hasta aquél en que se abone la indemnización*” y que “*corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto*”. La posición europea parece clara, pero la exigibilidad de esta solución nos plantea más dudas. El hecho de que esta medida se haya sustraído intencionadamente de la parte dispositiva donde estaba inicialmente prevista –y donde cuya obligatoriedad era indiscutible- y se haya colocado en el preámbulo, parece, en principio, indiciar que no se quería que fuera vinculante. En cualquier caso, la solución final, valorada dentro del pretendido objetivo armonizador es susceptible de crítica en cuanto, en atención a la importancia que los intereses adquieren en procesos de esta naturaleza, puede generar notables diferencias en la práctica en las cuantías de las indemnizaciones según la normativa nacional que resulte aplicable a la infracción. En el caso español, por ejemplo, el momento inicial de devengo de intereses se corresponde, como regla general, con el de la reclamación –judicial o extrajudicial- del cumplimiento de la obligación y no con el del momento de producción del perjuicio (artículo 1100 CC). Regla que, de haberse aprobado la propuesta

inicial, necesariamente tendría que haber sido modificada. En la PLTD se ha decidido no remover estas aguas, e ignorando lo dispuesto en el Considerando 12, se ha limitado a reproducir la referencia general del articulado de la Directiva al pago de intereses sin precisión del momento de devengo de los mismos, con lo que se mantiene la aplicabilidad de la regla tradicional.

En segundo lugar, se afirma ahora de forma expresa la finalidad puramente compensatoria de la indemnización y se rechaza cualquier sistema que pueda resultar en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. El “espíritu” de los daños punitivos que, a nuestro entender y como analizaremos a continuación, pese a la ausencia de reconocimiento específico, no dejaba de estar presente –siquiera de forma latente- en el modelo dibujado por la Comisión en documentos previos, se aleja ahora definitivamente del *private enforcement* europeo.

B) *Los daños punitivos*

En relación a la naturaleza de los daños, el ejecutivo comunitario ha ido paulatinamente moderando su postura inicial. En este sentido, en el Libro Verde se contemplaba, si bien con cierta timidez, la posibilidad de implantar un modelo de daños punitivos en el caso de cárteles horizontales. Al igual que en el modelo americano se proponía la adopción de un multiplicador fijo en relación a los daños sufridos (en este caso, del doble), dejándose abierta, eso sí, la forma de aplicación de dicho multiplicador, que podría ser automática como en el caso estadounidense, condicional o sujetarse a la discreción del tribunal. Igualmente, también se valoraba la posibilidad de superar el carácter meramente compensatorio de los daños resarcibles, a fin de incentivar el ejercicio de acciones resarcitorias, proponiéndose que el daño pudiera ser calculado, no en atención a las pérdidas reales sufridas por la víctima, sino en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor⁷³. Estas propuestas no fueron bien recibidas, sobre todo por parte de los Estados continentales que temían la introducción en sus sistemas de elementos totalmente ajenos a los mismos y que podrían entrar en conflicto con principios jurídicos sólidamente asentados, como el de evitar el enriquecimiento injusto. La mayoría de las respuestas presentadas defendían una finalidad de los daños exclusivamente compensatoria, oponiéndose a sistemas que resultaran en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. La Comisión se ve, por consiguiente, obligada a replantear su posición inicial y ya, tanto en el Documento de Consulta como en el Libro Blanco, desaparecen como propuestas expresas, el modelo del multiplicador doble así como el criterio de recuperación del beneficio ilegal.

⁷³ Vid. Libro Verde, párrafo 2.3.

Ahora bien, pese a la retirada de propuestas específicas, el “espíritu” de los daños punitivos seguía, de algún modo, presente en el modelo proyectado por la Comisión y en los distintos documentos que sucedieron al Libro Verde. En primer lugar, pese a que, en principio, se partía del carácter meramente compensatorio de los daños, no se descartaba la posibilidad de revisión en el futuro a fin de introducir un modelo de daños punitivos, que no se consideraba incompatible con el Derecho europeo⁷⁴. En segundo lugar, sí se preveía que, en aplicación del principio de equivalencia, si un Estado miembro aplicaba un modelo de daños punitivos por infracción de las normas de competencia nacionales, éste fuera extendido a la infracción de las normas europeas⁷⁵. Por tanto, consideramos que la postura europea⁷⁶, si bien no claramente favorable, al menos, sí era receptiva a la posibilidad de reconocimiento de daños punitivos –con mayor o menor amplitud– en los casos de ilícitos competitivos⁷⁷.

⁷⁴ Vid. Documento de Trabajo, párrafo 195.

⁷⁵ Vid. Documento de Trabajo, párrafos 188 a 192.

⁷⁶ De hecho, la Comisión recogió en el Libro Blanco, los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi* en relación a este asunto, en el tuvo ocasión de pronunciarse sobre los criterios de determinación del daño causado por una práctica contraria al actual artículo 101 TFUE y, más específicamente, sobre la posibilidad por parte del juez nacional de conceder daños punitivos. En ausencia de normativa europea específica, cada Estado era libre de fijar los criterios de determinación y liquidación del daño, con el único límite del respeto a los principios de efectividad y equivalencia. En principio, y pese a que obviamente, el incentivo a promover acciones privadas sería mayor si pudiera esperarse la obtención de daños punitivos o ejemplares, el efecto útil del artículo 101 –y del derecho a indemnización en los casos en que su infracción causara perjuicios patrimoniales– no se vería lesionado si la indemnización se limitara al perjuicio económico efectivamente soportado por la víctima. El principio de equivalencia sí posibilitaba que se concedieran indemnizaciones punitivas por vulneración de las normas de competencia europeas, si éstas estaban previstas en el ejercicio de acciones paralelas sobre la base del Derecho interno. El Tribunal añadía una advertencia a la solución expuesta, estableciendo que: “el derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios del derecho comunitario”. En principio, cabía pensar que la llamada al principio de enriquecimiento injusto mediante esta cláusula de salvaguarda, ponía de manifiesto una actitud judicial menos favorable al reconocimiento de daños punitivos, atendándose las posturas de recelo tradicionales de los Estados continentales frente a los daños punitivos o ejemplares, y el temor a que su reconocimiento pudiera dar lugar a situaciones de enriquecimiento injusto. No es ésta la interpretación mantenida por la Comisión Europea ni por diversos autores (*ad. ex.* M. CARPAGNANO, *El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-295-298/04*, 410, *InDret*, 2007, 17, veía en ella un impulso a la propuesta de la Comisión de posibilitar la asignación de daños múltiples en los casos de cárteles).

⁷⁷ Vid. en este mismo sentido, A. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oregon, 2008, 213 y ss. Sobre la ambigüedad de la Comisión Europea en relación con los daños punitivos, desde una perspectiva más general, no circunscrita al terreno específico de los ilícitos competitivos, vid. B. A. KOCH: “Punitive Damages in European Law”, en KOZIOL/WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, Vienna, 2009, 197 y ss.

El examen del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma II) permitía reforzar esta conclusión⁷⁸. La aplicación de los criterios y reglas de determinación de la ley aplicable a las consecuencias privadas (como el resarcimiento de daños y perjuicios) de un ilícito competitivo, puede determinar, en la práctica, que los tribunales españoles que conozcan del caso hayan de aplicar en su resolución normas que reconocen daños punitivos⁷⁹ a las víctimas de una conducta anticompetitiva⁸⁰. Sólo podrá evitarse la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto si se demuestra que ésta es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (artículo 26 Reglamento Roma II). Por tanto, podría excepcionarse la aplicación de la norma que reconoce daños punitivos si éstos pudieran ser considerados contrarios al orden público.

El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva finalmente aprobada cambia sustancialmente la situación, pues de su tenor se deriva el establecimiento de un nuevo *orden público comunitario* en materia de indemnización por daños derivados la infracción del Derecho comunitario de la competencia, absolutamente contrario al reconocimiento de indemnizaciones punitivas y que, por tanto, impide la aplicación dentro del territorio UE de las disposiciones nacionales que conduzcan a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos.

II. Prueba y cómputo del daño

A) La prueba del daño

a. La cuantificación del daño

⁷⁸ Vid. M. VAQUERO, *Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de “daños punitivos” como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la competencia*, en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, 683 y ss.

⁷⁹ En este sentido, Chipre, Irlanda y Reino Unido reconocen este tipo de daños, sin perjuicio de que su aplicación judicial haya sido, hasta la fecha, muy escasa.

⁸⁰ Vid. artículo 6.3. del Reglamento “Roma II” y su desarrollo en J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo* en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, 667 y ss.

Para que le puedan ser adjudicados daños, el demandante debe probar que la conducta anticompetitiva del demandado le ha causado una lesión patrimonial y debe establecer, al menos, las bases para una estimación razonable de la cantidad de dinero necesaria para compensarle por dicha lesión. El daño puede revestir distintas modalidades, pudiendo traducirse en el pago de un sobreprecio por los productos o servicios afectados, o, en el caso de que la víctima tenga la condición de empresario, en una reducción de beneficios o pérdida de ganancias.

Identificado el tipo de perjuicio sufrido por la víctima, su cuantificación exacta se revela como una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust. Así, pese a que se haya considerado que una conducta es lesiva de la competencia y, por tanto, ha de ser prohibida y sancionada, la concreción de esa potencialidad dañina en los patrimonios individuales exige un considerable ejercicio de especulación, más o menos complejo, en función de la naturaleza del caso y de la información disponible⁸¹.

Así, por ejemplo: ¿Cuánto habrían pagado los consumidores por el ADSL si Telefónica no hubiera llevado a cabo una política de pinzamiento de márgenes consistente en elevar el precio de acceso a la infraestructura precisa para prestar el servicio de ADSL? ¿Cuánto habría pagado por su vivienda la señora X si no hubiera existido un cartel entre las principales compañías aseguradoras en relación a las primas del seguro decenal de daños a la edificación para las viviendas recién construidas? Si las principales compañías azucareras han realizado un acuerdo colusorio de fijación de los precios del azúcar para uso industrial: ¿cuál es el daño patrimonial sufrido por las empresas que utilizan el azúcar como insumo para la fabricación de sus productos (galletas, caramelos, chocolate...)? Y ¿cuál es el daño padecido por el consumidor final que ha adquirido los productos que incorporan el azúcar?

Teniendo en cuenta que la indemnización o reparación busca colocar al perjudicado en la que situación que tendría de no haberse producido la infracción de la competencia, la cuantificación de dicha indemnización exigirá, por tanto, que se compare la situación actual o real de la víctima con aquella en la que se habría encontrado de no haberse vulnerado las normas. Esto es lo que se denomina análisis del factor distintivo único o *but-for-analysis*. Dado que es imposible conocer con exactitud esa situación hipotética, se hace preciso buscar un

⁸¹ Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Thomson-West, St. Paul, Minn., 2005, 722: "... the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury; the difference between saying that a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant".

escenario de referencia con el que comparar la situación real (escenario sin infracción o hipótesis de contraste).

La doctrina económica ha venido identificando una serie de métodos o técnicas que, partiendo de diversos criterios y variables, tratan de establecer ese escenario hipotético en el que las condiciones de competencia no se han visto alteradas a fin de poder realizar una comparación con la situación real de los mercados tras producirse la infracción (ventas totales, niveles de precios y resultados de las empresas)⁸². Estos métodos han sido recogidos en los distintos documentos europeos sobre cuantificación de daños⁸³ y están empezando a ser utilizados por los demandantes en la articulación de sus pretensiones.

Ahora bien, es necesario recalcar que ninguna de estas técnicas goza de aceptación general ni está libre de críticas. Si bien es cierto que tanto la Comisión europea como los tribunales (nacionales y de otras jurisdicciones) manifiestan sus preferencias por los métodos más sencillos frente a análisis econométricos o técnicas más complejas⁸⁴, no existen disposiciones jurídicas que impongan un método sobre otro y la pertinencia o utilidad de una metodología habrá de ser apreciada y valorada por el juez, en atención a las especiales características del caso concreto que ha sido sometido a su valoración.

La Directiva consciente de la dificultad que puede implicar la cuantificación exacta del daño insiste en la necesidad de que los distintos ordenamientos nacionales garanticen que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan hacer una estimación del quantum indemnizatorio cuando resulte acreditado que el demandante sufrió perjuicio pero resulta

⁸² Para un análisis de las distintas técnicas, así como de las principales ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, vid. F. JIMÉNEZ LA TORRE, *Aspectos económicos de la cuantificación del daño*, La Ley, nº5 Nueva Época, 2008, 59 et ss.; I. S. ORTIZ BAQUERO: *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011, 263 et ss.; C. GÓMEZ ASENSIO, *El estudio de la Comisión Europea de diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust*, en VELASCO et. Alt (Dir): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (nt.11), 229 et ss.; E. C. TUDOR, *La cuantificación de daños y perjuicios en la aplicación privada del Derecho europeo de la Competencia*, en VELASCO et. Alt (Dir): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (nt.11), 567 et ss.;

⁸³ Vid. principalmente: *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts*, cit.; *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios*, cit., y los informes citados en estos textos.

⁸⁴ Si bien es imprescindible que jueces y magistrados acudan a informes de los expertos económicos, en muchas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad, pudiendo la inadecuada cuantificación del daño conducir a una denegación de la indemnización. En relación a los informes periciales, el TS en la sentencia del azúcar de 201, tantas veces citada, ha señalado que: "... lo exigible al informe judicial que aporte la parte perjudicada es que aporte formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

La Directiva también destaca la conveniencia de contar con la colaboración consultiva de las autoridades administrativas de competencia sobre cuantificación de daños en los procedimientos civiles. Esta posibilidad ya se recogía con anterioridad a la aprobación de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, dado que el antiguo artículo 25 c) LDC establecía que la CNC, a solicitud del órgano judicial, podrá proponer criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores de los artículos

b. La presunción de daño en los casos de cártel

Si bien en la Directiva no se recogen reglas técnicas ni métodos de cuantificación del daño, sí se han contemplado previsiones que facilitan la prueba del daño, corrigiendo la asimetría de la información y algunas de las dificultades que se han planteado en la práctica asociadas a la cuantificación de los perjuicios en ejercicio de acciones resarcitorias por ilícitos *antitrust*. En este sentido, se ha establecido una presunción *iuris tantum* de la existencia de un daño en el caso de las infracciones de cártel (artículo 17.2). Inicialmente, se pensó fijar una presunción de un determinado porcentaje de daño que no habría sido repercutido en terceros, pero finalmente, esta propuesta no prosperó. La presunción de daño vincula, por tanto, al juez (entendemos que siempre que la resolución en la que se constata la existencia del cártel sea firme), que no podrá afirmar la inocuidad de la práctica, sin perjuicio de que compete al demandante demostrar el nexo entre ese daño y su propio patrimonio.

La PLTD incorpora esta presunción a favor de la existencia del daño causado por el hecho ilícito, reconociendo al demandado el derecho a rebatir esta presunción. En España, la cuestión del carácter *in re ipsa loquitur* en los casos de cárteles no estaba resuelta de forma clara, habiéndose planteado casos donde los jueces, pese a la existencia de una resolución administrativa firme en la que se sancionaba la existencia del cártel, consideraron que de ellos no se derivaba ningún daño en los patrimonios particulares⁸⁵. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, en la célebre sentencia del azúcar ya comentada, en la que parece decantarse por esta presunción, al afirmar que un cártel genera por sí mismo un daño, en la medida en que la propia existencia del cártel supone ya la imposición de un sobreprecio, por tanto, de un inmediato daño emergente para los compradores de los cartelistas, directos o indirectos en el caso de que dicho sobreprecio pueda ser repercutido.

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de octubre de 2011, núm.370/2011.

B) *La repercusión del sobreprecio*

1. *La passing-on defence en el debate europeo*

De particular interés en la determinación del alcance y cuantía del daño derivado de prácticas anticompetitivas, resulta el debate, originado en el ámbito estadounidense e importado al proyecto europeo y, de resultas, a nuestro ordenamiento nacional, sobre la trascendencia que ha de conferirse a la denominada repercusión de costes o *passing-on* en el ejercicio de acciones resarcitorias. Este problema de daños repercutidos o trasladado se plantea en todos aquellos supuestos en que el cliente directo de la empresa infractora de las normas antitrust no es el destinatario final de los productos o servicios que ésta suministra, sino que procede a recolocarlos, en su forma original o transformados, en el mercado.

Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como son los cárteles o los abusos de poder monopolístico, suelen comportar precios supracompetitivos. Por esta razón, en muchos casos los daños concretos derivados de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagarles sus clientes o *compradores directos*. Frecuentemente, además, al incrementarse por ello los costes de estos últimos, tales sobreprecios acaban repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que van subadquiriendo los bienes, a lo largo de las distintas fases de los procesos de distribución o transformación de dichos bienes, hasta llegar a los *consumidores finales*. En definitiva, también sobre los *compradores indirectos*, que no se relacionaron con los infractores.

El argumento de repercusión de costes o *passing-on* se plantea en este último escenario, en que el adquirente del producto cartelizado actúa como intermediario en la cadena de colocación de los bienes o servicios en el mercado. Con este término, importado del ámbito estadounidense, se hace referencia a la posible consideración jurídica del hecho de que una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes, lo que suscita dos interrogantes ¿Puede ser alegada por el infractor esta situación como defensa frente a la exigencia de daños? Se trataría de la *passing-on defence* propiamente dicha. ¿Los compradores indirectos, a los que se ha trasladado el sobre precio están legitimados para exigir a la empresa infractora responsabilidad por daños y perjuicios? Se enfocaría el argumento de la repercusión desde una perspectiva ofensiva.

Suscitada la cuestión en diversos casos de la jurisprudencia norteamericana, ha sido importada en el debate europeo, relativamente reciente sobre el fomento de la aplicación privada, emergiendo en los planteamientos de los *Libros Verde* y *Blanco* de la Comisión, así como en la Directiva, llegando estos últimos documentos a una propuesta concreta para su resolución.

La posibilidad de utilizar la repercusión del sobreprecio resultado de un cártel o de una conducta abusiva en el marco de acciones de reclamación de daños por ilícitos antitrust, ha sido contemplada con enorme recelo en el Derecho *antitrust* estadounidense, que no reconoce, con carácter general, la *passing-on*, ni en su vertiente defensiva ni en su vertiente ofensiva⁸⁶.

En el ámbito de la responsabilidad por ilícitos *antitrust*⁸⁷, la Comisión europea ha venido valorando, ya desde el inicial Libro Verde, la eventual admisibilidad de la repercusión de costes o daños en sus dos perspectivas, defensiva y activa. Si bien el Libro Verde recogía

⁸⁶ A día de hoy, la regla general en EE.UU., a menos a nivel federal, es no otorgar ningún tipo de relevancia jurídica a los efectos económicos indirectos del cártel, ni desde la óptica del infractor ni desde la óptica del comprador indirecto. La protección jurídica se centraría en el reconocimiento y baremación de los daños directos o sobreprecios. Esta interpretación obedece a determinadas características del sistema de aplicación privada americano, en las que la finalidad disuasoria juega un papel más relevante que la finalidad compensatoria (con manifestaciones en otras normas, como el mecanismo de *treble damages* o daños triples). Ahora bien, esta solución no está exenta de polémica y continúa siendo el objeto de un encendido debate entre los partidarios de su mantenimiento y los defensores de una derogación de estos principios y del reconocimiento de trascendencia jurídica a la *passing-on*, en sus dos vertientes. Sobre el fundamento y crítica de la *passing-on* defence en EE.UU. Vid. entre otros, A. I. GAVIL, *Thinking outside of the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform*, 76, *Antitrust Law Journal*, 2009, 167 y ss.; B.D. RICHMAN-C.R. MURRAY, *Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule*, 81, *Southern California Law Review*, 2007, 70 y ss.; C. HERRERO-L. A. VELASCO, *La passing-on defense: ¿un falso dilema?*, en VELASCO y otros (Dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 595 y ss.; C. HERRERO, *L'eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on*, in G. BENACCHIO- M. CARPAGNANO, *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nella Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 195 et ss.; L.A. SULLIVAN- W. S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West, St.Paul Minn 2006, 952 y ss.; H. HOVENKAMP: *Federal Antitrust...*, (nt.81), 626 y ss., así como los artículos de referencia, R. G. HARRIS-L. A. SULLIVAN, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*, en 128 *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, 269 y ss. y W. M. LANDES-R. A. POSNER, *The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan*, 128, *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, 1274 y ss.

⁸⁷ En el marco comunitario, el tema de la repercusión de daños no constituye un asunto novedoso, habiéndose planteado en escenarios en los que se demandaba el reembolso de los impuestos o tasas pagados de forma contraria al derecho comunitario (aranceles) y, por tanto, indebidamente. Así, por ejemplo, los casos Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión contra República Italiana* (Asunto C-129/00) y Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2002, *Weber's Wine World* (C-147/01).

distintas posibilidades⁸⁸, finalmente la Comisión optará por la solución contraria a la americana, admitiendo tanto la *passing-on defence* como la legitimación de los compradores indirectos⁸⁹.

2. La repercusión de costes en la Directiva y en la PLTD

A) Fundamento

La Directiva dedica el Capítulo IV a la regulación de la repercusión del sobreprecio. En primer lugar, reconoce a los demandados el derecho a invocar en su propia defensa la repercusión de los sobreprecios frente a una demanda de compensación de dicho sobreprecio. La carga de la prueba de la transferencia de costes recae sobre el demandado que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros. El texto finalmente aprobado se separa de la propuesta que reconocía como excepción a la posibilidad de alegar el *passing-on* el caso en el que el coste excesivo se hubiera repercutido a personas en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resultara legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio.

⁸⁸ Concretamente, en el Libro Verde se ofrecía a los Estados miembros cuatro posibles opciones. La primera de ellas, la más amplia, acogía el argumento de la repercusión en ambas modalidades. Se permitía la defensa *passing-on* o de daños repercutidos y tanto los compradores directos como indirectos podían demandar al infractor. La segunda opción contemplaba un modelo similar al estadounidense en el que se rechazaba que el infractor de una norma *antitrust* pudiera alegar como defensa la repercusión de costes y se negaba legitimación activa a los compradores indirectos. Finalmente, se barajaban dos soluciones intermedias. En una de ellas se rechazaba la *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de las normas de la competencia, pero se admitía la repercusión de costes de cara a reconocer la legitimación de los compradores indirectos. La última opción contemplaba un procedimiento en dos fases, en el que se excluía la defensa *passing-on* y se reconocía que cualquier víctima pudiera demandar al infractor, permitiéndose que, en una segunda fase, el coste excesivo se repartiera entre todas las partes que habían sufrido un perjuicio.

⁸⁹ Así, en el *Libro Blanco*, se defendía la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a la acción indemnizatoria ejercitada por un cliente (siempre que no se tratara del consumidor final). También consideraba que debía posibilitarse su uso desde una perspectiva activa, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la repercusión del sobreprecio, quién lógicamente, debería probar la existencia tanto del ilícito competitivo, como del daño sufrido y de la relación de causalidad entre ambos. Es más, a fin de favorecer el ejercicio de acciones por los compradores indirectos, la Comisión proponía la adopción en los Estados miembros de una regla que favoreciera la prueba del nexo de causalidad; concretamente, la fijación de una presunción rebatible con arreglo a la cual se considerase que el sobreprecio ilegal había sido repercutido en su totalidad a lo largo de la cadena de distribución.

De igual modo, se reconoce la legitimación de los adquirentes o compradores indirectos para invocar la transferencia de costes como base para demostrar el daño sufrido. Es más, para facilitar la interposición de acciones por parte de éstos, la Comisión propone a los Estados miembros la adopción de una regla que simplifique la prueba del nexo causal, concretamente, la fijación de una presunción *iuris tantum* de que el sobreprecio les ha sido trasferido. Presunción que se ha justificado en el reconocimiento de una praxis comercial de repercusión de los aumentos del precio a lo largo de la cadena de suministro y distribución. Ahora bien, frente a lo defendido en la propuesta, no se presupone la repercusión de la totalidad del sobreprecio, simplemente el hecho en sí de la repercusión. Corresponde a los jueces nacionales valorar que parte ha sido efectivamente transferida, si bien, la Comisión prevé la futura elaboración de directrices u orientaciones sobre la manera de calcular el porcentaje del sobrecoste repercutido para ayudarles en esta labor.

La admisibilidad de la *passing-on defence* en Europa se justifica en la importancia de la finalidad compensatoria que se atribuye a la aplicación privada de las normas de competencia, y a la responsabilidad civil en general, y viene a presentar la *passing-on defence* como una manifestación del principio general que veta en la mayoría de los ordenamientos el enriquecimiento injusto. Así es sin duda en el caso español, en el que, ante la carencia de normas especiales relativas a la indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*, es preciso a fin de valorar la viabilidad y alcance de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento, atender en primera instancia a la normativa general que regula el resarcimiento de daños, es decir, a las normas y principios generales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El primer principio, estructurador de toda la teoría general de responsabilidad en nuestro sistema es la función esencialmente compensatoria que la misma cumple. En este sentido, la indemnización está orientada a reparar el daño sufrido y restablecer a la víctima en la posición que tendría de no haberse cometido la infracción, es decir, no puede considerarse fuente de enriquecimiento ni un mecanismo de sanción del infractor. Es, precisamente, en esta finalidad general compensatoria y en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que se deriva de ésta, en los que encuentra su fundamento teórico la *passing on defence*. Este principio impediría incluir dentro del cálculo de los daños aquéllos que han sido repercutidos en otros sujetos, daños, por tanto, que en realidad la víctima no ha padecido. Lo contrario significaría que la indemnización colocaría a la víctima en una situación mejor que la que tendría de no haberse producido la infracción⁹⁰.

⁹⁰ No nos parecen convincentes los intentos de examinar esta figura desde la perspectiva de figuras más específicas, y a nuestro juicio, mucho más forzadas, como *el deber de mitigación de los daños* o la *compensatio lucri cum damno*. (Vid. ad. ex. J. ALFARO, *Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el private*

Ahora bien, sin entrar a discutir el fundamento teórico de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento jurídico y sin incurrir en el extremo pragmatismo de la solución americana, sí consideramos que es conveniente que los tribunales realicen una lectura restringida de este argumento de defensa, así como una valoración sólida desde una perspectiva económica de los efectos de la repercusión de costes en el patrimonio del comprador directo. Con interpretaciones simplistas o incompletas se corre el riesgo de dejar reducida la aplicación privada a un mero reconocimiento de derechos carente de efectividad práctica. La *passing on defence* podría operar como un parapeto cuasi automático de los infractores frente a pretensiones de resarcimiento, eliminando los incentivos de las víctimas que, en principio, están en una mejor posición para entablar acciones indemnizatorias, es decir, de los adquirentes directos.

La Directiva se hace eco de este riesgo e intenta dar un paso adelante y, si bien, en manera un tanto ambigua, identifica algunos de los principales problemas que, más allá del mero reconocimiento plantea en la práctica la aplicación del argumento de repercusión de costes, tanto desde una perspectiva procedimental como sustantiva.

enforcement del Derecho de la competencia, 3, Indret, 2009, 10). En este sentido, no consideramos aplicable a estos supuestos el deber de mitigación de los daños que tiene todo perjudicado como una exigencia derivada del principio más general de la buena fe. No sólo porque, la concreción de ese deber exige que el perjudicado sea consciente de que está sufriendo un daños indemnizable y puede que en el ámbito *antitrust* no lo sea, o no lo sea de forma inmediata, sino sobre todo, porque la repercusión o el traslado de unos daños a un tercero no es una medida exigible conforme a los principios de buena fe y lealtad. No es jurídicamente exigible la causación de un daño a un tercero como medida para paliar otro. La exclusión de la *compensatio lucri cum damno*, es más compleja o más matizada. Su inaplicabilidad a estos supuestos no obedece, a nuestro juicio, a la inexistencia de un nexo causal adecuado entre el incremento de los costes y la posterior conducta del comprador directo en relación a la fijación de sus precios de reventa. Este nexo existe, desde el momento en que se trata de un intermediario que utiliza los productos cartelizados en el marco de su actividad económica, recolocándolos en el mercado. Es más, esta interpretación conduciría a dos conclusiones que no nos parecen aceptables. En primer lugar, si consideramos que la decisión de repercutir los costes en el precio de reventa no está vinculada causalmente con la conducta del cartelista, tampoco podría el comprador directo responsabilizar al cartelista de los daños que de resultas de esta decisión de encarecimiento de los precios se deriven como consecuencia de una disminución del volumen de ventas. En segundo lugar, esta interpretación llevada a sus extremos supondría la negación de cualquier derecho a la indemnización del comprador indirecto, al obedecer su perjuicio exclusivamente a una decisión del comprador directo, perfectamente lícita, y desconectada causalmente del cártel. La teoría de la *compensatio lucri cum damno* ha sido articulada sobre la base de otro tipo de supuestos más sencillos, en los que se ponderan sólo efectos negativos y efectos positivos sobre el patrimonio de la víctima, no como en el caso de la *passing-on defence* en el que, una aplicación adecuada exige manejar más variables, siendo necesario tener en consideración, en primer lugar los efectos negativos directos, posteriormente efectos positivos y, finalmente de nuevo, eventuales efectos negativos.

B) Algunas cuestiones procesales

En relación al primer aspecto, la Directiva exige la adopción de mecanismos procesales que permitan a los jueces nacionales que conocen de una acción de resarcimiento *antitrust* tener en cuenta la existencia de otras acciones indemnizatorias relativas a la misma infracción del Derecho de la competencia, pero ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro y distribución de los bienes o servicios. La finalidad perseguida es facilitar que en la evaluación de si las partes implicadas (infractor, compradores directos e indirectos) han conseguido satisfacer la carga de la prueba correspondiente se valoren o ponderen elementos externos al procedimiento en curso pero que supongan información relevante para el éxito de las pretensiones. El objetivo último pretendido sería, por tanto, garantizar que la repercusión del sobreprecio juega de manera complementaria en sus dos perspectivas: defensiva y ofensiva, ya que lo contrario, podría efectivamente conducir a situaciones de ausencia o exceso de responsabilidad⁹¹. En este sentido, la norma insta a tomar en consideración, tanto las acciones que estén siendo entabladas, las resoluciones que resulten de estas acciones, como, en último lugar, la existencia de información pertinente de dominio público que se haya derivado de la aplicación pública del Derecho de la competencia. La PTD, que se limita a reproducir el artículo de la Directiva, remitiendo de forma indefinida y general a los mecanismos existentes, sin clarificar cuáles son o cómo operan.

Dos son los peligros que, en el ejercicio de procedimientos paralelos, podrían impedir la plena operatividad del principio de plena compensación. En primer lugar, la ausencia de responsabilidad. Esta situación podría producirse si en el procedimiento entablado por el adquirente directo se considera acreditada la repercusión y por el contrario, no se reconociera ésta en el caso de que ejerciten la acción los compradores indirectos. El exceso de responsabilidad tendría lugar si se reconoce la existencia de daños plenos tanto al comprador directo como al indirecto. No se acredita la repercusión del adquirente directo y no se consigue desmontar la presunción de repercusión al comprador indirecto del sobreprecio. ¿Cómo pueden ser evitados estos riesgos? Idealmente, la solución pasaría porque las distintas pretensiones fueran conocidas por un único juez en un único procedimiento, de tal forma que operaría la complementariedad de la traslación del daño sin disfunciones (la mano derecha sabe lo que hace la mano izquierda). ¿Qué mecanismos de Derecho nacional y europeo existen que puedan conducir a resultados equivalentes? ¿Cómo puede articularse desde una perspectiva procesal la consideración por parte del juez civil de pretensiones,

⁹¹ A esta misma finalidad obedece la exigencia de la Comisión dirigida a los Estados miembros para que establezcan las medida procesales necesarias para garantizar que el resarcimiento por daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio sufrido por el sobreprecio sufrido a ese nivel

resoluciones judiciales e información de dominio público para evitar resoluciones contradictorias?

A los efectos del art. 15 de la Directiva, y en relación a la existencia de una pluralidad de acciones por daños, los medios procesales que contempla el derecho nacional cuando los órganos jurisdiccionales patrios conozcan de una reclamación por daños y perjuicios son esencialmente dos: de forma inicial la *acumulación de acciones* (en realidad, pretensiones)⁹² y, de forma sobrevenida, la *acumulación de procesos*. Si originariamente no se ha procedido a la acumulación de pretensiones, sino que éstas han recibido un tratamiento procesalmente autónomo dando lugar a una pluralidad de procesos distintos, lo procedente será acudir a la acumulación de procesos. Ésta puede ser acordada por el juez en dos supuestos. En primer lugar, cuando la sentencia que haya de recaer en uno de ellos pueda producir efectos prejudiciales en el otro (art. 75.1.1º LEC). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que el intermediario no ha soportado íntegramente el sobrecoste derivado de la práctica anticompetitiva, sino que éste ha sido repercutido parcialmente al consumidor final. En caso de existencia de dos procesos contra el cartel, uno incoado por el consumidor final en el que pretende el resarcimiento por el sobreprecio que ha soportado (el repercutido por el intermediario) y el otro por el intermediario en el que pudiera pretender el resarcimiento por el sobrecoste aparentemente soportado (el sobreprecio pagado sin descontar el repercutido al consumidor final), la resolución judicial que recaiga en el primero puede tener un efecto prejudicial sobre el pronunciamiento que ha dictar el juez del segundo proceso, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad múltiple para el cartelista y un enriquecimiento injusto para el intermediario demandante que sería indemnizado íntegramente por un sobreprecio que efectivamente no ha soportado. Así mismo, la acumulación de procesos en este ámbito se impondría en atención a la previsión del art. 74.1.2º LEC que sanciona que el juez debe proceder a acordarla cuando: “entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o

⁹² A este respecto, el art 72 LEC establece que “Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. El precepto permite que los perjudicados por el sobrecoste derivado de una práctica anticompetitiva puedan ejercitar sus pretensiones en una misma demanda ya que se fundamentan en unos mismos hechos (la ilícita existencia de sobrecoste en el producto). Ello supone que dichas pretensiones serán tramitadas en un mismo procedimiento, dando lugar a una sentencia con tantos pronunciamientos diferenciados como pretensiones existan al respecto. También cabría, aunque el artículo 15 no lo contempla explícitamente, una acumulación inicial de pretensiones, aunque es previsible que ésta se produjera entre consumidores afectados que demandan al cartelista o entre adquirentes directos que demandan al cartelista. Fundamentalmente, por razón de la propia organización del mercado, parece casi inviable un acuerdo entre consumidores finales e intermediarios a estos fines.

mutuamente excluyentes". Razones de seguridad jurídica y del valor justicia que aquella contribuye a realizar exigirían esta actuación.

La posibilidad de tomar en consideración las resoluciones derivadas de daños a las que se refiere la letra b. se resuelve desde la eficacia de la cosa juzgada material. Aquí no estamos ante una acumulación de procesos, ya que uno de ellos ya ha concluido y, por tanto, lo que existe es el efecto de prejudicial de la cosa juzgada material. Existe ya una resolución (que ha de ser firme aunque el precepto no lo diga expresamente) que vincula al juez del segundo proceso, porque lo resuelto en el primero, forma parte como antecedente lógico de lo que ha de resolver en el segundo.

En cuanto a la consideración de informaciones de dominio público, una posible vía de introducción en el proceso civil podría ser a través de la participación de las autoridades de competencia, mediante la figura del *amicus curiae* examinada previamente.

C) Efectos económicos del *passing-on* y su consideración jurídica

Desde una perspectiva sustantiva, es importante señalar como del texto europeo se desprende una comprensión más global de los efectos económicos del *passing-on* que de los documentos precedentes.

Sin perjuicio de las necesarias simplificaciones, es preciso recordar como de una práctica anticompetitiva pueden derivarse distintos perjuicios patrimoniales para el comprador directo de la empresa cartelista o infractora. En un cómputo global, estos daños son el resultado de deducir de sus ingresos precártel los ingresos durante el periodo de vigencia del cártel. Este perjuicio neto es el resultado de la valoración de todos los efectos económicos que pueden derivarse para el comprador directo de un cártel, que son, en principio, tres, uno directo y dos indirectos⁹³. El efecto directo (*overcharge*) responde al incremento de costes resultados del pago de un sobreprecio en un insumo. Los efectos indirectos se derivan de la recolocación del producto cartelizado en la cadena de producción/distribución de bienes en el mercado, es decir, del carácter intermedio del comprador directo. En estos supuestos, pueden derivarse dos efectos económicos para el comprador directo de signo opuesto (en

⁹³ Vid. en desarrollo de este argumento, F. VERBOVEN- T. VAN DIJK, *Cartel damages claims and the passing-on defense*, 57, *The Journal of Industrial Economics*, 2009, 457 y ss.; H.W. FRIEDERISZICK- L.H. RÖLLER, *Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases* disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf.

cuanto a su carácter positivo o negativo sobre su patrimonio). El efecto de repercusión o *passing on*, que es la medida en que el comprador directo puede trasladar el incremento de sus costes a sus precios de venta y el efecto sobre la cantidad vendida, efecto volumen o efecto *output*, que es la medida en la que ese incremento conduce a una reducción en el volumen de ventas. Por tanto los daños totales sufridos por el comprador directo (pérdida de beneficios o ingresos) son el resultado de la agregación de todos estos efectos de signo diverso.

En este sentido, la Directiva, en el análisis de la defensa *passing-on*, no se limita a la valoración del efecto de repercusión, sino que además reconoce la eventual trascendencia que el traspaso puede tener sobre las cantidades vendidas. De este modo, si bien indirectamente, la norma alude a este ángulo de la repercusión cuando, en su artículo 12, reconoce el *derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión parcial o total de los sobrecostes*.

La necesidad de prestar atención al efecto cantidad es un paso importante en la configuración europea de la *passing-on*. Alejándose de interpretaciones simplistas o incompletas, se alerta sobre la pluralidad de daños que pueden derivarse para el adquirente directo de la práctica anticompetitiva y recalca la conveniencia de valorar tanto el *daño emergente*, como el *lucro cesante*, que ha de ser tomado necesariamente en consideración cuando el comprador directo sea un empresario, ya que cualquier repercusión de los sobrepuestos aguas abajo del comprador directo, implicará para él de ordinario *una menor venta* resultado del retraimiento de la demanda como consecuencia del incremento del precio, así como la percepción finalmente de un *sobrepuesto inferior* al incremento de sus costes⁹⁴.

En España, el problema de la repercusión de costes desde una perspectiva defensiva ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo, en el marco del famoso cártel del azúcar⁹⁵. Rechazando las interpretaciones parciales de la defensa realizadas por la Audiencia

⁹⁴ Si el comprador directo intentara repercutir íntegramente a sus propios clientes-compradores indirectos, el sobrepuesto que tuvo que pagar a su proveedor que infringió el Derecho de la competencia, por regla general no lo conseguiría, de manera que aquella carga (el sobrepuesto) acabaría siendo soportada por ambos. La proporción en que esto se producirá, dependerá, en realidad, no de la voluntad del comprador directo, sino de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y servicios afectados. Si la demanda es muy elástica en relación a la oferta, la carga del sobrepuesto recaerá principalmente sobre el comprador final-comprador indirecto. Pero si ocurriera lo contrario, esto es, demanda muy elástica en relación con la oferta recaería fundamentalmente en los vendedores-compradores directos.

⁹⁵ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013 (cit.). Vid. V. SOPENA-G. A. MARTÍN, *La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España ...*, (nt.26), F. MARCOS, *Damages' claims in the Spanish sugar cartel*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514239.

Provincial⁹⁶, el Tribunal realiza un análisis económico sólido y sofisticado, en línea con la posición recogida en la Directiva. Si bien se reconoce la admisibilidad de la defensa a fin de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, se insiste en que la carga de la prueba de la repercusión recae en el demandado y se remarca la importancia de tener en cuenta las eventuales pérdidas de beneficios resultantes del incremento de los precios a fin de valorar con exactitud el daño patrimonial efectivamente sufrido por el comprador indirecto.

La PLTD no aporta ninguna novedad en materia de repercusión de costes, limitándose a transcribir casi literalmente las disposiciones correspondientes de la Directiva. Sí nos parece criticable que en la propuesta se haya omitido toda referencia a la necesidad de tener en cuenta el derecho del adquirente directo a reclamar y obtener indemnización por el eventual lucro cesante debido a la repercusión del sobreprecio. Si bien es cierto que el lucro cesante siempre que se acredite su existencia es indemnizable, consideramos muy conveniente que, al igual que hace la Directiva, se haga mención expresa del mismo en los apartados dedicados a la repercusión del sobreprecio. Las razones anteriormente expuestas y la constatación de que, en el caso español, no faltan lecturas incompletas de la repercusión que no contemplaban este posible efecto patrimonial, justifican sobradamente la necesidad de esta inclusión.

4. Valoración

La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia ha experimentado una notable expansión, dejando atrás la situación de “total subdesarrollo” denunciada por la Comisión a principios de siglo. No obstante, este impulso no es uniforme y subsisten importantes diferencias entre los Estados miembros, en la importancia, frecuencia y forma de implementación de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*. La Directiva 2014/104 constituye un paso más en el camino emprendido hace quince años... un paso importante, ciertamente, pero... sólo un paso.

La aprobación de la Directiva ha venido fuertemente condicionada por la necesidad de proteger los programas de clemencia de la Comisión y de las autoridades de la competencia así como de evitar (al menos, en algunos aspectos) incurrir en los “excesos” del sistema de *private enforcement* americano. El resultado es, en nuestra opinión, bastante tímido e insuficiente para garantizar un cambio sustancial en el panorama actual en materia de

⁹⁶ Sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 2011. Vid., un comentario crítico de la sentencia en C. HERRERO, *L'eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on*, (nt.86), 204 y ss.

acciones *antitrust* y para provocar un efectivo y determinante relanzamiento de estas acciones. No se acomete la regulación de las acciones colectivas, relegándolas a una mera recomendación y tampoco se fijan impulsos reales para favorecer este tipo de acciones, descartándose de forma tajante, las soluciones adoptadas en otras jurisdicciones como, por ejemplo, el mecanismo de daños múltiples o punitivos o la elección de un sistema de “*opt-out*” en el recurso colectivo.

No obstante, algunas de las medidas contempladas sí podrían favorecer, al menos en el ordenamiento jurídico español, una mayor utilización de estas acciones, removiendo obstáculos tradicionales –o al menos, fijando criterios claros de interpretación- y alineando la regulación nacional con la existente en otros Estados europeos, como, *ad.ex.*, en materia de prescripción, de vinculación a la resolución contencioso-administrativa, de responsabilidad solidaria o de acceso a pruebas.

Por lo que a la PLTD se refiere, es necesario, a efectos de su valoración dividirla en dos mitades netamente diferenciadas.

En relación con los aspectos denominados “sustantivos” sí consideramos positiva la inclusión de un título específico en materia de acciones privadas en la LDC –sin perjuicio de que pudiera haberse hecho uso de la posibilidad de modificar determinados preceptos civiles con carácter general, *ad.ex.*, en materia de prescripción-. Por lo que al contenido de este título se refiere, la propuesta es prácticamente mimética de la Directiva, no separándose de la misma ni por exceso ni casi por defecto. Prácticamente todo el articulado de la Directiva ha sido reproducido en el título propuesto, aunque alguna disposición pudiera resultar aparentemente innecesaria, como, por ejemplo, la referencia al alcance del daño. Toda exigencia comunitaria ha sido cubierta, al menos, formalmente, porque, pese a resultar bastante claro –dados los términos en los que se redacta- que el “espíritu” europeo era la fijación del momento de producción del perjuicio como el inicio del devengo de intereses, éste no ha sido recogido en la propuesta. A nuestro juicio, la propuesta es más criticable por defecto, por no hacer uso de las áreas de libertad que permite la norma europea y aprovechar la ocasión para acometer la regulación de determinadas cuestiones que hubieran favorecido una regulación más completa y eficaz de las acciones de daños. Si bien es cierto que es susceptible de valoración muy positiva que se haya decidido, siguiendo el modelo alemán, extender la vinculación a las resoluciones de ANC extranjeras, hubiera sido oportuno, a nuestro juicio, regular otras cuestiones no incluidas en la Directiva, como, las acciones colectivas, mejorando la regulación general contenida en la LEC.

Sin duda, la parte más rompedora y ambiciosa y, por tanto, más polémica, es la puramente procesal y, concretamente, la referida al acceso a las fuentes de prueba. En relación con las previsiones contenidas en la Directiva, se mantiene la fidelidad al texto comunitario y se reproduce en una subsección específica dentro de la LEC todo lo referente a la protección de la información contenida en un expediente de una autoridad de competencia, suscitándose pocos problemas. Pero en esta materia, sí se ha decidido actuar “por exceso” y proponer una reforma general de la LEC sobre acceso a fuentes de prueba, contemplándose un sistema cercano al *discovery* americano y cuya introducción acrítica en el ordenamiento jurídico español puede plantear fricciones.

DELL'INNOVAZIONE VEGETALE TRA METODI CONVENZIONALI E TECNOLOGIE GENETICHE: UNA NUOVA PROSPETTIVA DI TUTELA ?

MARIANNA CAPITTI

SOMMARIO: 1. Premessa: espansione ed adattamento del diritto brevettuale. – 2. Le decisioni G2/12 e G2/13. – 2.1. Le vicende precedenti: le decisioni G2/07 e G1/08. – 2.2. Le eccezioni alla brevettabilità: l'interpretazione dell'articolo 53(b) CBE. – 3. L'innovazione vegetale tra protezione *sui generis* e regime brevettuale. – 3.1. Le questioni legate al giudizio di originalità nel regime di tutela brevettuale – 3.2. La prassi dell'EPO dal caso *Ciba Geigy* (T49/83) alla direttiva 98/44/CE. – 4. Il nuovo orientamento interpretativo sulla brevettabilità del vivente: conseguenze giuridiche ed economiche. – 5. Funzioni e disfunzioni dell'odierno sistema brevettuale. Conclusioni.

1. *Premessa: espansione ed adattamento del diritto brevettuale.*

Gli studi condotti in prospettiva storica e sistematica intorno all'istituto brevettuale hanno mostrato la correlazione esistente tra l'evoluzione delle regole brevettuali ed il progresso tecnologico. E, invero, è pacifico che il consolidarsi dell'attività inventiva in settori tecnici diversi da quello meccanico abbia provocato, in conseguenza delle nuove istanze di protezione, da un lato l'adattamento interpretativo delle regole brevettuali preesistenti, dall'altro, l'adozione di regole nuove, proprie di ciascun settore. Senza altro la messa a punto di invenzioni concernenti la materia vivente e l'emergere del settore biotecnologico hanno giocato un ruolo essenziale in questo processo di adattamento, specificazione ed evoluzione del diritto brevettuale.

Per quanto ci occupa in questa sede, occorre precisare sin da subito che la protezione delle invenzioni viventi vegetali mediante titoli di privativa è un fatto relativamente recente; basti pensare che il primo intervento legislativo in materia risale al *Plant Patent Act* statunitense del 1930, il quale stabiliva il diritto del costitutore ad ottenere un brevetto a tutela di varietà vegetali nuove e stabili, purché riferibili ad un novero circoscritto di piante capaci di riprodursi per via asessuata.

A giustificare tale collocazione temporale, certamente tardiva se paragonata all'utilizzo delle privative nel settore meccanico¹, era l'idea – ormai ampiamente superata- secondo la quale

¹ Si ha prova dell'esistenza di titoli di privativa, concessi a tutela di invenzioni ed opere dell'ingegno, già a partire dal XV secolo. Tali titoli venivano concessi dal Sovrano su base ampiamente discrezionale e non possedevano, pertanto, una forma costante, tipica ed istituzionale. Nella prassi del tempo tali *Privilegia* assumevano frequentemente la forma di *Litterae Patentes* ovvero documenti singoli e specifici muniti di sigillo regio a garanzia di autenticità i quali, concessi *ad personam*, attribuivano al titolare-destinatario della *littera* il privilegio, la concessione

le piante e gli animali, in quanto prodotti di natura, non potevano essere qualificati come oggetto di invenzione bensì, esclusivamente, quali oggetto di scoperta.

Nel tempo, il superamento di siffatta concezione – cui ha anche contribuito il diverso contesto tecnico-scientifico –, insieme alla volontà di incentivare l'innovazione vegetale tramite titoli di privativa, ha condotto molti ordinamenti verso il sistema di tutela attualmente in vigore - così è, per lo meno, con riferimento precipuo al contesto europeo -. Tali fattori hanno condotto, dapprima, all'adozione di tutele *sui generis* appositamente pensate per le nuove varietà vegetali ottenute con metodi convenzionali (si pensi alla convenzione UPOV del 1961, aggiornata nel 1991), in seguito, all'adozione di regole brevettuali poste a tutela di invenzioni viventi, tra le quali anche piante, diverse dalle varietà e prodotte con procedimenti tecnici (si pensi alla direttiva 98/44/CE sul brevetto biotecnologico).

Quel che emerge, dunque, è che l'oggetto dell'innovazione biologica tendeva e tende a mutare costantemente e, con essa, anche le modalità tecniche con cui questa è realizzata; ciò non può che riverberarsi, seppur non sempre in modo lineare², sulla disciplina che ne regola e ne assicura la protezione.

I trovati vegetali di cui si discute nelle decisioni G2/12 e G2/13 confermano questa tendenza; il broccolo ed il pomodoro che l'EBA ha dichiarato astrattamente brevettabili differiscono profondamente, per *tipologia* di prodotto e per *tecniche* di produzione, dai trovati vegetali realizzati sino ad ora sia con metodi convenzionali (selezione, incrocio), sia con metodi biotecnologici.

Le piante in questione, per l'appunto, non sono Geneticamente Modificate (PGM) e non sono state ottenute con tecniche di *ingegneria genetica* ovvero mediante introduzione ed integrazione di molecole di DNA esogeno nel genoma di un dato organismo (trasformazione genetica)³.

Questo dato, però, non sembra sufficiente ad estromettere tali piante dalla sfera di applicazione delle biotecnologie innovative per retrocederle nell'ambito delle biotecnologie tradizionali⁴ perché, come vedremo, i passaggi tecnici impiegati per la produzione del broccolo e del

ivi trascritta. Per approfondimenti storici sulle privative industriali si veda: R. FRANCESCHELLI, *Brevetti e Patenti industriali e d'autore nel periodo delle origini*, in Studi in onore di Alfredo De Gregorio, Vol. I, Città di Castello, 1955; N. LUCCHI, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Springer Verlag Italia, Milano, 2010; V. MARCHIS, L. DOLZA, M. VASTA, *I privilegi industriali come specchio dell'innovazione nel Piemonte pre-industriale (1814 – 1855)*, La Rosa Edizioni, Torino, 1993.

² Osserva correttamente M. CAMPI, *Protecting plants: incentives to innovate and access to biological resources. A historical overview*. (2014), Working Paper disponibile on line sul portale www.ssrn.com.

³ AA. VV. *Genetica Agraria. Genetica e biotecnologie per l'agricoltura*, Patròn Editore, Bologna, 2011, 214, 445 ss.

⁴ Per una disamina circa le differenze scientifiche e giuridiche intercorrenti tra biotecnologie innovative e tradizionali si vedano rispettivamente: *Lessico Postfordista. Dizionario di idee della mutazione*, A. ZANINI, U. FADINI (a cura di), Collana Interzone, Feltrinelli, Milano, 2001, 39; M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali e ambientali*, Bruno Mondadori Edizioni, Milano, 2004, 53.

pomodoro rappresentano pur sempre delle acquisizioni proprie della genetica moderna, dominio delle biotecnologie innovative⁵.

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, i brevetti europei concessi su invenzioni vegetali hanno avuto ad oggetto piante geneticamente modificate (PGM) realizzate per scopi quali ad esempio: la resistenza ad erbicidi e parassiti (es., la soia round up ready ed il mais Bt), la maggiore resa economica (es., il pomodoro Flavr Savr a lunga conservazione) o la biosintesi di sostanze nutritive (es., il Golden rice). Quel che bisogna porre in evidenza è che in ciascuno di questi casi l'espressione del carattere desiderato è resa possibile dall'inserimento di singoli geni estranei (spesso di origine batterica) nel genoma della pianta, con possibilità di aggirare i limiti imposti dalle barriere biologiche al trasferimento genico orizzontale.

Come già detto, le piante cui fanno riferimento le decisioni dell'EBA non sono PGM perché in esse non ha luogo alcuna trasformazione genetica e il metodo di produzione che è stato impiegato per produrle – ancorché assistito da una strategia di ricerca e di applicazione di tipo biotecnologica – rimane comunque un metodo di tipo essenzialmente biologico. Si deve concludere che tali prodotti così ottenuti non possono, per ovvie ragioni, qualificarsi come biotecnologici in senso stretto così come il cotone Bt o il mais Bt. Maggiori spiegazioni saranno fornite in seguito, al momento è sufficiente riferire che la tecnica impiegata nei casi in esame è quella della **Selezione Assistita da Marcatori Molecolari (MAS)**. Schematicamente, i Marcatori Molecolari (MM) sono frammenti di DNA genomico, chiaramente definiti, che permettono di ricostruire mappe genetiche. In questo modo è possibile utilizzare i geni marcatori per osservare e selezionare i caratteri di utilità desiderati a monte, cioè a livello genetico, evitando la valutazione a valle del fenotipo che richiede, invece, diversi anni e rappresenta un costo non indifferente.

Dunque, sembra corretto affermare che i vegetali ottenuti con la MAS sono diversi da quelli che sono stati largamente brevettati fino ad ora ed ottenuti con procedimenti propriamente

⁵ L'inquadramento dato, che potremmo definire “mediano” rispetto alle piante ottenute con metodi convenzionali e con metodi biotech. innovativi offre, invero, uno spunto per riflettere sul cambiamento che da anni pervade il settore agricolo, sempre più tecnologizzato e concettualmente distante dai metodi convenzionali di selezione ed incrocio cui siamo abituati a fare riferimento. Il problema reale è capire cosa è un metodo convenzionale e cosa non lo è; ovvero, capire se il concetto di metodo convenzionale sia mutato e/o stia mutando il proprio contenuto per effetto dell'avanzamento scientifico e tecnologico. Se è vero che la selezione e l'incrocio basate sull'osservazione del fenotipo non costituiscono più il modello attuale di riferimento per il miglioramento genetico, bensì un modello obsoleto oramai appartenente ad uno stadio passato nella storia dello sviluppo agricolo, allora questo dato non può essere ignorato dall'indagine giuridica circa la tutela dell'innovazione vegetale. E' importante, dunque, approfondire lo studio e le riflessioni in tal senso.

Un importante punto di partenza per questa riflessione è, senz'altro, lo studio monumentale sulla storia dell'agricoltura, delle conoscenze agronomiche e delle politiche e del diritto agrario di A. SALTINI, *Storia delle scienze agrarie*, Nuova Terra Antica, Bologna, 2011. In particolare, all'interno dell'opera si vedano il Vol. 2, *Storia delle scienze agrarie. I secoli della rivoluzione agraria. I precursori*, capitolo 2; il Vol. 3, *Storia delle scienze agrarie. I secoli della rivoluzione agraria. I protagonisti*, capitoli 2, 13 e 16; ed il Vol. 7 *Il Ventesimo secolo: la sfida della crescita demografica alle conoscenze agrarie*, i capitoli 20 e 21.

biotecnologici. Si pone, pertanto, una questione circa la qualificazione e, eventualmente, circa la tutela da accordare a questi prodotti.

Il fatto che l'EBA ne riconosca astrattamente la brevettabilità nonostante lo schema di protezione descritto *supra*, spinge a formulare alcune ulteriori riflessioni circa la natura, la struttura e la capacità trasformativa del sistema brevettuale.

Rispetto ad altri settori del diritto, infatti, quello dei brevetti è considerato naturalmente incline alla *relatività* delle soluzioni tutelate ed all'*adattabilità* delle regole che ne compongono il sistema.

Il primo elemento – la relatività – indica la circostanza in forza della quale ciò che un tempo era estraneo al brevetto ne diviene successivamente oggetto di tutela per effetto dell'avanzamento scientifico e tecnologico⁶. Infatti, il progresso tecnologico può creare *ex novo* delle innovazioni, consistenti in beni prima del tutto inesistenti che, soddisfacendo i requisiti di brevettabilità, ottengono accesso a tale forma di tutela. Oppure – mediante un'operazione giuridicamente equiparata a quest'ultima – l'avanzamento tecnico può rendere brevettabile qualcosa di preesistente che prima non lo era e che, successivamente ad interventi tecnologici, acquista natura inventiva e/o i relativi requisiti di brevettabilità. Si considerino, a titolo di esempio, l'invenzione della penna a sfera e del Mais MON810, o di qualsiasi altro artefatto biologico che in tempi recenti ha ottenuto protezione tramite brevetto.

Nel corso del XX secolo, le conoscenze della chimica moderna (avanzamento scientifico) abbinata in modo sapiente ed originale alle conoscenze della fisica e della meccanica (avanzamento tecnologico), hanno permesso la creazione di un prodotto nuovo – la penna a sfera, per l'appunto – fino ad allora inesistente e non ricompreso nell'area di brevettabilità.⁷

⁶ Sulla capacità di adattamento ed evoluzione del sistema brevettuale è stato scritto molto ed oggi patrimonio comune l'idea che ciò sia avvenuto in conseguenza dell'emergere di settori nuovi. Per una precisa illustrazione del fenomeno si rinvia ad alcuni studi fondamentali: V. DI CATALDO, *Sistema brevettuale e settori della tecnica. Riflessioni sul brevetto chimico*, in Riv. dir. Comm., 1985, I, 277 e in Studi in onore di G. Auletta, I, Giuffrè, Milano, 1988, 13 ss.; A. VANZETTI, *Presentazione*, in AA. VV., *I nuovi brevetti. Biotecnologie e invenzioni chimiche*, Giuffrè, Milano, 1995, 7 ss.; R. ROMANO, *Le semenze elette di frumento, le nuove varietà di fiori, gli incroci di volatili, ovvero cenni sull'evoluzione dell'area del brevettabile*, in *Confini e fronti dell'innovazione biotecnologica*, a cura di Olivieri, Falce, Arezzo, Giuffrè, Milano 2014; F. E. MURRAY, J. S. GANS, and M. L. C. CRAVEN, *How Does the Republic of Science Shape the Patent System? Broadening the Institutional Analysis of Innovation Beyond Patents*, in *U.C. Irvine Law Review*, 2011, Vol. 1, issue 2 e *Bend or break? The patent system in crisis*, article 6, 357 ss., disponibile in pdf al seguente link <http://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol1/iss2/6>; F. MURRAY, *Innovation as co-evolution of scientific and technological networks: exploring tissue engineering*, Elsevier 2002, Research Policy 31, 1389–1403, disponibile al sito www.elsevier.com.

⁷ Com'è noto, concepita e sviluppata in alternativa alla penna stilografica, la biro sfrutta l'azione rotante di una piccola sfera metallica posta all'estremità della punta, ciò consente la distribuzione dell'inchiostro sulle superfici in modo veloce, preciso ed uniforme rispetto ad una penna stilografica. Cfr. M.R. COLLINGRIDGE *et al.*, *Ink Reservoir Writing Instruments 1905–20*, in *Transactions of the Newcomen Society*, vol. 77 (issue n.1), 69 ss. su www.researchgate.net.

Il primo brevetto su una penna a sfera risale al 1888 e venne realizzata per la scrittura su cuoio e altre pelli; questo primo prototipo non ebbe successo nel mercato e il brevetto decadde per non uso.

L'ingresso del mais MON810 nell'area di protezione brevettuale segue, invece, al pari di tutte le innovazioni sviluppate in campo biologico, un *iter* ed una logica parzialmente diversi da quelli appena descritti⁸.

I materiali biologici, infatti, ancorché preesistenti in natura se isolati, geneticamente modificati o realizzati mediante procedimenti tecnici, si spogliano dell'abito di beni naturali noti o – nell'eventualità in cui non fossero ancora noti – mutano il proprio *status* di scoperta per acquisire quello di invenzione, suscettibile di tutela brevettuale. La brevettabilità dei trovati biologici è quindi possibile per effetto di applicazioni tecnologiche atte a trasformare i materiali biologici preesistenti in prodotti che si considerano nuovi, cioè non ancora ricompresi nello stato della tecnica.

Le condizioni ed i modi concreti di accesso al brevetto riferiti a questi materiali biologici sono giuridicamente equiparati a quelli propri dei prodotti inanimati e ciò in virtù del principio generale di non discriminazione tra settori tecnologici (art. 27 TRIPS).

Il secondo elemento – l'adattabilità – denota, invece, la possibilità di applicare ad invenzioni tra loro differenti per tipologia e per settore tecnologico di appartenenza le medesime regole, fatti salvi gli accorgimenti interpretativi o la creazione di regole *ad hoc* che la natura delle invenzioni può eccezionalmente richiedere. In proposito, è efficace ed altrettanto suggestiva la descrizione che alcuni autori hanno offerto dell'odierno sistema brevettuale, definito “un sistema composito a struttura stellare”⁹.

L'operare congiunto di questi caratteri, relatività ed adattabilità, consente al sistema brevettuale di evolversi nel tempo.

Dall'osservazione di questo processo evolutivo deriva che l'area delle invenzioni suscettibili di tutela brevettuale, elastica e caleidoscopica come i processi di rinnovamento tecnologico e culturale che la determinano, era ed è tutt'ora sottoposta a costanti tendenze espansive.

2. *Le decisioni G2/12 e G2/13.*

Le decisioni gemelle adottate nella primavera del 2015 dalla Commissione allargata dell'ufficio europeo dei brevetti – nel seguito EBA –, la G2/12 e la G2/13 altresì note come *Pomodori II* e *Broccoli II*¹⁰, rappresentano l'acme di queste tendenze ed è quindi interessante illustrarne i contenuti e le motivazioni.

⁸ Il MON810 è un mais geneticamente modificato con tecnologia del dna ricombinante, in grado di codificare la Delta-endotossina, una proteina ad azione insetticida letale per i Lepidotteri che normalmente si cibano di questa pianta; per questo motivo il MON10 è coltivato su larga scala in quasi tutto il mondo ma non in Italia dove è vietato.

⁹ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, 380 ss.

¹⁰ Entrambe le decisioni sono reperibili sul sito dell'EPO www.epo.org nella sezione Case law & Appeals.

L'EBA, infatti, ha stabilito che l'eccezione alla brevettabilità di cui alla lettera *b*) dell'articolo 53 della Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE), riferita ai procedimenti essenzialmente biologici per l'ottenimento di vegetali o animali, non osta alla concessione del brevetto di prodotto su piante, parti di piante e/o frutti ottenuti con tali procedimenti¹¹.

Il principio trova applicazione sia nel caso in cui il procedimento essenzialmente biologico sia l'unico metodo disponibile per la produzione del prodotto rivendicato sia in presenza di un *product-by-process*¹².

In quest'ultima caso, afferma l'EBA, non avrebbe alcun rilievo il fatto che la tutela accordata al prodotto includa *anche* il procedimento necessario ad ottenerlo ed in sé escluso da tale forma di tutela¹³.

Le decisioni suscitano preoccupazione, poiché ampliano a dismisura gli attuali confini di brevettabilità in campo biologico ed incorrono nel rischio concreto di alterare il mercato, i consumi e la tenuta del medesimo sistema brevettuale¹⁴.

L'orientamento espresso dall'EPO offre anche l'occasione per riflettere, ancora una volta, sulla demarcazione tra tutela varietale e tutela brevettuale dell'innovazione vegetale¹⁵.

¹¹ Si legga nel testo originale della decisione G2/13: **Catchwords** “**1.** *The exclusion of essentially biological processes for the production of plants in Article 53(b) EPC does not have a negative effect on the allowability of a product claim directed to plants or plant material such as plant parts*”. (G2/12 (...) “*such as a fruit*”).

¹² Il **Catchwords G2/13**, così prosegue: “**2. (a)** *The fact that the process features of a product-by-process claim directed to plants or plant material other than a plant variety define an essentially biological process for the production of plants does not render the claim unallowable. 2. (b)* *The fact that the only method available at the filing date for generating the claimed subject-matter is an essentially biological process for the production of plants disclosed in the patent application does not render a claim directed to plants or plant material other than a plant variety unallowable.*

¹³ **Catchwords G2/13: 3.** *In the circumstances, it is of no relevance that the protection conferred by the product claim encompasses the generation of the claimed product by means of an essentially biological process for the production of plants excluded as such under Article 53(b) EPC.*

¹⁴ Circa l'espansione dell'area di brevettabilità riconducibile all'evoluzione scientifica e tecnologica si veda la seguente dottrina europea ed americana: G. DRAGOTTI, *Autoriproducibilità e diritti esclusivi*, in G. Ghidini e G. Cavani (a cura di), *Brevetti e biotecnologie*, Luiss University Press, Roma, 2008, 95 ; G. RESTA, *L'appartenenza dei beni immateriali: principi, regole e prassi operative*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2011, 4 ss. ; N. GALLINI, *The economics of patents. Lessons from recent U.S. Patent reform*, in *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 16 N. 2, Spring 2002, 131–154.

Sulle questioni tecniche relative all'accesso e all'applicabilità delle regole brevettuali esistenti alle nuove tecnologie cfr: P. ERRICO, *La tutela brevettuale delle nanotecnologie*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 61 e *Tutela brevettuale e ricerca biotecnologica. Un binomio non sempre perfetto*, in *Brevetti e Biotecnologie*, cit., 37 ; A. MUSSO, *Il rapporto di dipendenza tra invenzioni biotecnologiche (o con prodotti e materiali da esse “derivanti”)*, in *Riv. dir. Ind.*, I, 2014, 289 ss.

Diversamente, per una prospettiva consapevole dell'ampliamento che valorizza gli strumenti interni alla disciplina brevettuale in grado di ridurre la portata anticompetitiva: G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2008, 57 ss. In chiave storico-funzionale si veda: V. FALCE, *Profili pro-concorrenziali dell'istituto brevettuale*, Giuffrè, Milano 2008, 19 e ss.

¹⁵ In tema si segnalano alcuni scritti e monografie:

F. BENUSSI, *Vegetali (nuove varietà)*, in *Dig. Comm.*, XVI, Torino, 1999; L. MARINI e A. BOMPIANI (a cura di), *Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica: verso una coesistenza possibile? Atti del primo convegno internazionale di studi sulla coesistenza tra forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica tenutosi a Roma il 2 Marzo 2005 sotto l'Alto Patronato della Repubblica*, in *Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente*, n. 20, Giuffrè, Milano, 2007; A. GERMANO' (a cura di) *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica. Studi di diritto italiano e straniero*, Giuffrè, Milano, 2002; M.

In particolare, una volta esclusa l'applicazione della disciplina varietale per incapacità delle piante rivendicate di costituire varietà autonome, bisogna domandarsi se la brevettabilità di queste piante ottenute con procedimenti essenzialmente biologici, ancorché inespressa a livello normativo, sia legittima in quanto conforme alla morfologia elastica del sistema brevettuale o se – piuttosto – la brevettabilità debba essere negata per carenza dei requisiti di accesso alla tutela. Invero, in presenza di piante prodotte con metodi convenzionali, sembra lecito dubitare dell'originalità dei trovati¹⁶.

2.1. Le vicende precedenti: le decisioni G2/07 e G1/08.

Prima di addentrarci nella trattazione e rispondere ai quesiti poc'anzi posti è opportuno riferire le vicende che hanno preceduto e condotto all'adozione delle decisioni G2/12 e G2/13.

Nel corso dei giudizi d'appello avverso i brevetti EP 1 069 819 ed EP 1 211 926¹⁷, la Commissione di ricorso 3.3.04 dell'EPO, con decisioni interlocutorie T 0083/05 dell'8 luglio 2013¹⁸ (Broccoli case) e T 1242/06 del 31 maggio 2012¹⁹ (Tomato case), indirizzò all'EBA due identiche questioni di diritto inerenti l'articolo 53(b) CBE. In particolare, si chiedeva alla Commissione di chiarire se l'eccezione brevettuale prevista nei confronti dei procedimenti essenzialmente biologici determinasse effetti negativi sulla brevettabilità delle piante ottenute tramite quegli stessi procedimenti.

LENBEN, *The overlap between patent and plant variety protection for transgenic plants: problems and solutions*, 2006, www.ssrn.com. Allo stesso indirizzo web, per una prospettiva internazionale sul tema, J.P. KESAN, M.D. JANIS, *Intellectual property protection for plant innovation: unresolved issues after J.E.M v. Pioneer*, in *Illinois Public Law Research Paper*, No. 03-01, 2003, 1161-1164; C. FOWLER, *The plant patent act of 1930: a sociological history of its creation*, in *82 Journal of patent trademark office society*, 2000, 621 ss.; M. BLAKENEY, *Protection of plant varieties and Farmer's right*, in *EIPR*, 2002, 24 (1), 9 ss.; G. SCIONTI, *La protezione delle invenzioni biotecnologiche nella normativa comunitaria ed internazionale. Problemi di coordinamento e rapporti tra disciplina brevettuale e regime varietale*, in *Bioetica e Biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, 229 ss.; M. RICOLFI, *La brevettazione delle invenzioni e gli organismi geneticamente modificati*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, 5 ss.

¹⁶ Sulla non sempre agevole distinzione tra *scoperta* ed *invenzione*, sulla funzione ed il contenuto del requisito di originalità dell'invenzione la letteratura è sterminata, si vedano a titolo esemplificativo: G. GHIDINI, *Profili evolutivi*, (nt. 14), 125 ss.; R. ROMANO, *Brevetti e artefatti biologici*, in *Quaderni di AIDA*, n. 22, Giappichelli, Torino, 2012; M. RICOLFI, *Ibidem*, 5; G. BIANCHETTI, G. PRIFFERI, *Il requisito evanescente dell'attività inventiva delle invenzioni chimiche e biotecnologiche*, in *Dir. Ind.*, n. 1/2000, 10 ss.; C. GALLI, *Problemi in materia di invenzioni biotecnologiche e di organismi geneticamente modificati*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 398 ss.; L. ALBERTINI, *L'invenzione biotecnologica requisiti di brevettabilità ed estensione della protezione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1059 ss.; V. FALCE, *Il rapporto tra ricerca di base e ricerca applicata alla luce del recente completamento della mappa genetica dell'uomo*, in *Working Papers*, a cura dell'Osservatorio sulla proprietà intellettuale, *La Concorrenza e le Telecomunicazioni*, n.2/2001; R. DREYFUSS, *Working with the Boundaries of intellectual property. Innovation policy for the knowledge society*, Oxford Univeristy Press, 2010, 305 ss.

¹⁷ Per visionare i testi dei due brevetti si veda l'European Patent Bulletin 2003/48. Per la documentazione relativa alle vicende qui di seguito descritte si veda: www.EPO.org - European Patent Register: EP 12 11 926 e European Patent Register: EP 1 069 819.

¹⁸ Testo integrale disponibile online al sito: www.EPO.org - Official Journal A3, 31 Marzo 2014, A39.

Official Journal EPO 2013, 42. Testo disponibile anche al seguente link: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t061242cx1.html>.

La soluzione al presente quesito assumeva natura pregiudiziale per decidere le sorti dei brevetti prima citati. Il primo di questi, l'EP 1 069 819, era stato concesso nel 2002 in favore della Plant Bioscience Limited a tutela di “*un metodo per la selezione di piante di Brassica Oleracea ad elevato contenuto di glucosinolati con proprietà antitumorali*”²⁰; mentre il secondo, l'EP 1 211 926, era stato concesso a tutela di “*un metodo per la realizzazione di piante di pomodoro idonee a produrre pomodori a ridotto contenuto d'acqua ed il prodotto ottenuto dal presente metodo*”²¹, in favore del Ministero dell'agricoltura dello Stato di Israele.

Poco dopo la concessione, entrambi i brevetti furono opposti per contrarietà all'articolo 53(b) CBE nella parte in cui esclude i procedimenti essenzialmente biologici dalla tutela brevettuale. Le multinazionali oppositori, la Syngenta e Limagrain nel *Broccoli case* e la Unilever N.V. nel *Tomato case*, avendo riguardo alla descrizione dei procedimenti rivendicati, contestarono l'utilizzo di tecniche agricole tradizionali e di procedimenti essenzialmente biologici, in particolare: incrocio, selezione e backcrossing²².

Poiché nel testo delle CBE è assente una definizione legale di procedimento essenzialmente biologico, la Commissione di ricorso giudicò opportuno richiedere il parere dell'EBA in via pregiudiziale, ex articolo 112 CBE. Con decisioni interlocutorie T83/05 del 22 maggio 2007 e T1242/06 del 4 aprile 2008, la Commissione chiese all'EBA di stabilire in presenza di quali circostanze un procedimento per la produzione di piante dovesse qualificarsi come *essenzialmente biologico* e se la presenza di *elementi e passaggi di natura tecnica* al loro interno fosse idonea ad escludere tale qualificazione, così da rendere il metodo brevettabile.

Con le prime due decisioni gemelle²³, pronunciate dall'EBA nel 2010 – la G2/07²⁴ e la G1/08²⁵ (*Broccoli I e Tomato I*) – la Commissione allargata di ricorso affermò che un procedimento

²⁰ Titolo originale dell'invenzione: **Method for selective increase of the anticarcinogenic glucosinolates in Brassica species**, in European Patent Register – EP. 1 069 819.

²¹ Titolo originale dell'invenzione: **Method for breeding tomatoes having a reduced content of water and product of the method**, European Patent Register- EP. 12 11 926.

²² La **selezione, l'incrocio ed il re-incrocio o backcrossing** sono procedimenti di miglioramento genetico impiegati da secoli in agricoltura con lo scopo di ottenere genotipi superiori, ovvero varietà vegetali adattate alle varie esigenze produttive ed alle condizioni ambientali. Si è soliti riferirsi a questi procedimenti in termini di biotecnologie tradizionali. Quest'ultime differiscono dai procedimenti tecnici di manipolazione genetica o biotecnologie innovative per *modalità operative* (sfruttamento della variabilità naturale delle specie attraverso la riproduzione sessuale nelle prime, tecniche di ingegneria genetica nelle seconde) e per *risultati ottenibili*. Le tecniche tradizionali richiedono tempi lunghi, pluriennali, per la creazione di nuove *varietà* in possesso di un genoma proprio. La manipolazione genetica, invece, consente in tempi ridotti di modificare il corredo genetico in modo mirato attraverso l'introduzione di singoli geni, anche appartenenti a specie diverse, codificanti il carattere desiderato.

Per approfondimenti in materia si vedano: J.R WOOD, O. VITĚZSLAV, *Genetic Prehistory in Selective Breeding. A Prelude to Mendel*, Oxford University Press, Oxford 2001; E. HYAMS, *E l'uomo creò le sue piante e i suoi animali. Storia della domesticazione*, Mondadori, Milano 1973; A. ARZENI, R. ESPOSTI, F. SOTTE, *Agricoltura e natura*, edizione Franco Angeli, Milano, 2001.

²³ Per commenti e note alle decisioni si leggano: C. GEIGER, *Constructing European Intellectual Property: Achievements and new perspective*, EIPIN, UK 2012, 240 ss. disponibile online all'indirizzo www.ElgarOnline.com; S. BOSTYN, *Do you want biological or essential biological vegetables?*, in *Bioscience Law Review*, 2006-07, 146 ss.

essenzialmente biologico è tale anche se contiene o consiste – in una o più fasi del procedimento – in passi di *natura tecnica*, purché questi abbiano come unico scopo oggettivo quello di rendere possibile e/o di assistere lo svolgersi dell’incrocio e/o della selezione dei quali il procedimento essenzialmente biologico si compone²⁶.

Dunque, per poter accedere alla tutela brevettuale, è necessario che l’elemento addizionale di natura tecnica contribuisca al risultato finale in qualità *non* di mero sostegno alle forze della natura ma, piuttosto, da elemento determinante dotato di un profilo di operatività autonoma²⁷.

A seguito di questi pareri, la Commissione di ricorso (TBA) annullò i brevetti che erano stati anteriormente accordati sui metodi di produzione della *Brassica Oloracea* e del Pomodoro deidratato in quanto essenzialmente biologici.

Si deve ricordare – il titolo dell’invenzione nel *Tomato case* e le modifiche del *claim* nel *Broccoli case*, intervenute in corso d’appello, ne sono una dimostrazione – che:

- i) nel *Tomato case* la domanda di brevetto era rivolta non soltanto al procedimento ma altresì al prodotto ottenuto mediante il procedimento;
- ii) nel *Broccoli case* l’oggetto della domanda poteva qualificarsi in termini di *product-by-process*.

Queste circostanze hanno spinto la Commissione a presentare all’EBA un secondo gruppo di questioni giuridiche, proposte con le decisioni interlocutorie del maggio 2012 e del luglio 2013, per vagliare la possibilità di concedere un brevetto di prodotto; l’EBA ha fornito risposta alle suddette questioni con le decisioni *Pomodori II* e *Broccoli II*.

2.3 Le eccezioni alla brevettabilità: l’interpretazione dell’articolo 53(b) CBE.

²⁴ Official Journal EPO 3/2012, 130.

²⁵ Official Journal EPO 3/2012, 206.

²⁶ A questo proposito si veda quanto riferito da R. ROMANO, *Confini e fronti*, (nt.16), 31: “ciò che rileva ai fini dell’esclusione dalla brevettabilità è la considerazione del patrimonio genetico del vegetale ottenuto: se il patrimonio genetico del vegetale ottenuto dal procedimento di selezione e incrocio è il risultato dell’unione del patrimonio genetico dei due individui di partenza, allora, il metodo di ottenimento, anche qualora preveda passaggi tecnici complessi (come l’uso dei marcatori molecolari), resta qualificabile come procedimento essenzialmente biologico: il risultato in termini genetici è, infatti, lo stesso che si sarebbe avuto se l’incrocio fosse avvenuto senza l’intermediazione dell’uomo; mentre, qualora intervenga una modifica, un’alterazione del patrimonio genetico risultante dalla somma dei patrimoni genetici iniziali, o sia introdotto un gene nuovo, diverso rispetto a quelli contenuti nel patrimonio genetico dei due individui originari, in tal caso il brevetto potrà essere concesso”.

²⁷ V. **HEADNOTE** in case *Broccoli I*: “A non-microbiological process for the production of plants which contains or consists of the steps of sexually crossing the whole genomes of plants and of subsequently selecting plants is in principle excluded from patentability as being “essentially biological” within the meaning of Article 53(b) EPC. Such a process does not escape the exclusion of Article 53(b) EPC merely because it contains, as a further step or as part of any of the steps of crossing and selection, a step of a technical nature which serves to enable or assist the performance of the steps of sexually crossing the whole genomes of plants or of subsequently selecting plants. If, however, such a process contains within the steps of sexually crossing and selecting an additional step of a technical nature, which step by itself introduces a trait into the genome or modifies a trait in the genome of the plant produced, so that the introduction or modification of that trait is not the result of the mixing of the genes of the plants chosen for sexual crossing, then the process is not excluded from patentability under Article 53(b) EPC.”.

Per poter accordare il brevetto di prodotto era quindi necessario risolvere la questione interpretativa legata all'articolo 53 CBE, volta a verificare *se* l'impossibilità di brevettare i procedimenti impiegati dalle parti determinasse effetti ostativi alla brevettabilità dei prodotti ottenuti tramite questi²⁸.

La Commissione ha motivato la propria opinione negativa in base a ragioni ed argomentazioni che appaiono talvolta forzate, non del tutto pertinenti e, pertanto, scarsamente condivisibili. A suo parere tutti gli strumenti interpretativi impiegati (i criteri dettati dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna²⁹, la giurisprudenza precedente – in particolar modo il caso Novartis, G1/98³⁰–, i lavori preparatori della CBE e la Direttiva 98/44/CE) hanno dato conferma del fatto che l'eccezione prevista dall'art. 53 b) CBE opera *stricto sensu* soltanto nei riguardi dei procedimenti essenzialmente biologici e non anche dei prodotti da questi ottenuti.

Nell'affermare ciò la Commissione ha constatato che la lettera b) si riferisce, concettualmente, a due categorie brevettuali distinte, ovvero: quella del brevetto di prodotto e quella del brevetto di procedimento. La prima individuata dalle varietà vegetali e dalle razze animali, la seconda dai procedimenti essenzialmente biologici.

Da tale constatazione l'EBA ha inferito che se l'intenzione originaria del legislatore fosse stata quella di estendere l'eccezione brevettuale *anche* al singolo prodotto ottenuto dal procedimento essenzialmente biologico lo avrebbe espressamente inserito nella prima parte della lettera b) dell'articolo 53, affiancandolo alle varietà vegetali ed alle razze animali. Pertanto,

²⁸ “Underlying all the referred questions is the issue of the legal scope of the process exclusion in Article 53(b) EPC and its impact on the patentability of product claims and product-by-process claims”, 38 della decisione G2/13.

²⁹**Articolo 31, Convenzione di Vienna. Regola generale di interpretazione**

1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo.

2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi:

- ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato;

- ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato.

3. Si terrà conto, oltre che del contesto:

- di ogni accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni;

- di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo;

- di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.

4. Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti.

³⁰ Al riguardo si leggano le note di: J. PILA, *A challenge to the Novartis Theory of European patent history*, in *The modern Law Review*, Vol. 72, Issue 3, May 2009, 436-462; R. PAVONI, *Brevettabilità genetica e protezione della biodiversità: la giurisprudenza dell'EPO*, in *Riv. Di dir. Internazionale*, Vol. LXXXIII, 2000, 463 ss.; SHILLITO, SMITH, MORGAN, *Patenting genetically engineered plants*, in *EIPR*, 2002, 333 ss; NOTT, *The Novartis case in the EPO*, in *EIPR*, 1999, 3 ss.

l'assenza di qualsivoglia riferimento a tali singoli prodotti dovrebbe essere intesa come una scelta deliberata del legislatore europeo di non ricomprenderli all'interno dell'eccezione³¹.

Il ragionamento, però, non sembra pienamente condivisibile; anche il Parlamento Europeo nella proposta di risoluzione sui “Brevetti e la Privativa per i trovati vegetali”, rivolta alla Commissione nel dicembre del 2015, ha manifestato perplessità e preoccupazioni per le decisioni dell'EBA individuandone le criticità sia in punto di diritto sia sul piano delle conseguenze economiche³².

La seconda parte della lettera b) dell'articolo 53 afferma che la disposizione (cioè “non vengono concessi brevetti per..”) non si applica ai procedimenti microbiologici e ai prodotti ottenuti mediante questi procedimenti; una sorta di eccezione all'eccezione suffragata da ragioni di natura storica³³. Tuttavia, bisogna considerare che se è vero – com'è vero – che il legislatore ha inteso non applicare ai procedimenti ed ai prodotti microbiologici l'eccezione formulata dall'articolo 53, contrapponendo queste fattispecie in modo speculare a quelle previste nella prima parte della lettera b), allora si può concludere che l'eccezione ivi contenuta si riferisce non soltanto ai procedimenti essenzialmente biologici ma anche ai prodotti che ne derivano. Non sembra che vi siano dubbi al riguardo così come non residua alcun margine di incertezza circa le ragioni sottese all'esclusione, rispettivamente, dei procedimenti essenzialmente biologici e dei prodotti vegetali che da questi derivano.

Infatti, come si vedrà in maniera più approfondita nel proseguo, la CBE è successiva (1973) alla Convenzione UPOV per la tutela delle novità vegetali (1961) e diversi autori non hanno esitato a mettere in evidenza che la *ratio* dell'eccezione formulata dall'art. 53 b) CBE nei riguardi delle varietà vegetali coincide con l'esistenza di una speciale privativa posta a tutela dell'innovazione in campo vegetale³⁴. Diversamente, invece, l'eccezione formulata nei riguardi dei procedimenti essenzialmente biologici soddisfa un'altra *ratio*, ovvero: preservare la libera

³¹ “the Enlarged Board concluded that inventions ineligible for protection under the plant breeders' rights system were intended to be patentable under the EPC provided they fulfilled the other requirements of patentability and that the travaux préparatoires contained no suggestion that Article 53(b) EPC could or even should exclude subject-matter for which no protection under a plant breeders' rights system was available” si veda la decisione G2/13, 57.

³² Proposta di risoluzione del 14.12.2015, B8-1399/2015, presentata a seguito dell'interrogazione con risposta orale B8-1112/2015 da J. Nicholson, B. Belder et al. a nome del gruppo ECR, sui brevetti e la privativa per i ritrovati vegetali (2015/2984 [RSP]), in particolare si vedano a p. 3 i punti C, D ed F e a p.4 i punti 1, 2 e 3, in www.europarl.eu.

³³ Si tenga a mente che già nella seconda metà del XIX furono concessi brevetti su procedimenti e prodotti microbiologici; un esempio per tutti, il brevetto rilasciato a Pasteur dall'USPTO sul procedimento di pastorizzazione della birra.

³⁴ L. ALBERTINI, *L'invenzione biotecnologica*, (nt.16), 1086 ss.; C. GALLI, *Problemi in materia di invenzioni biotecnologiche*, (nt.15), 416 ss.; G. SCIONTI, *La protezione delle invenzioni biotecnologiche*, (nt.15), 232-233.

utilizzazione di procedimenti che sfruttando le forze della natura non presentano carattere tecnico o industriale³⁵.

Poiché oggetto della privativa varietale – applicabile indistintamente a tutti i generi e le specie botanici (si veda l'articolo 4, I, Convenzione UPOV) – è soltanto la *varietà*³⁶, sembra logico sostenere che la singola pianta ottenuta con procedimenti essenzialmente biologici che non è in grado di configurare una varietà autonoma (e che, quindi, sul piano botanico non può che ricadere all'interno di una varietà nota³⁷) non possiede – per definizione – quei caratteri utili a garantirle l'accesso alla tutela varietale ed a contraddistinguerla in maniera rilevante dalle altre piante appartenenti a quell'insieme vegetale.

L'attuale quadro normativo (analizzato con maggiore precisione nel paragrafo successivo) ed il modo in cui questo è attualmente interpretato ed applicato portano ad affermare che le innovazioni aventi ad oggetto procedimenti essenzialmente biologici non sono astrattamente idonee ad ottenere alcun titolo di privativa (in particolare, il brevetto industriale ex articolo 53 CBE). Le innovazioni vegetali di prodotto, invece, sono astrattamente idonee ad ottenere un titolo di privativa sia brevettuale sia varietale (come vedremo la Convenzione UPOV affida la scelta agli Stati membri) ma perché questo accada è necessario che siano soddisfatti alcuni criteri soggettivi ed oggettivi. Il criterio soggettivo prevede che l'innovazione vegetale rivendicata sia una varietà mentre i quelli oggettivi richiedono che la varietà sia nuova, stabile, omogenea e distinta rispetto alle altre varietà note.

E ancora, l'eccezione contenuta nell'articolo 53 b CBE è stata interpretata dall'EBA avendo riguardo sia alla giurisprudenza precedente sia alla direttiva 98/44/CE, prestando particolare attenzione all'articolo 4 della direttiva in base al quale Commissione ha ricavato la brevettabilità delle piante che non costituiscono una varietà vegetale. Poiché alla giurisprudenza sull'articolo 53 è dedicato un paragrafo successivo, concentriamo per adesso l'attenzione soltanto sull'articolo 4 della direttiva 98/44/CE.

Questo afferma, al primo comma, che le varietà vegetali e le razze animali non sono brevettabili e, al secondo comma, che *“le invenzioni che hanno quale oggetto piante o animali sono brevettabili se l'eseguibilità tecnica dell'invenzione non è limitata ad una determinata varietà vegetale o razza animale”*.

³⁵ In questo senso T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 546 ; Cfr. anche G. SENA, *L'importanza della protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in Riv. Dir. Ind., 2000, I, 65 e A. VANZETTI (a cura di), *Codice della Proprietà industriale*, Giuffrè, Milano, 2013, 641-642.

³⁶ Intesa come “l'insieme vegetale appartenente al taxon botanico del grado più basso conosciuto” (art. 100 c.p.i.).

³⁷ Si ricordi che, per espressa previsione della Convenzione UPOV (art. 6, I comma, a), la notorietà di una varietà può essere stabilita in base a fatti differenti, quali: la coltivazione o la commercializzazione già in corso, l'iscrizione in un registro ufficiale di varietà eseguita o in corso d'esecuzione, la presenza in una collezione di riferimento o l'esatta descrizione in una pubblicazione.

Il richiamo all'articolo 4 per decidere le sorti delle rivendicazioni del caso Pomodori e del caso Broccoli e, per ipotesi, di qualunque altra invenzione avente ad oggetto singole piante ottenute con metodi convenzionali non è pertinente.

Il motivo della non pertinenza riguarda la locuzione “*eseguitabilità tecnica dell'invenzione*” che, data la formulazione ambigua, potrebbe essere intesa *sia* in modo ampio e generico come la “condizione di concreta realizzazione dell'invenzione”, *sia* in modo preciso e circostanziato come gli interventi tecnici normalmente impiegati nel settore delle biotecnologie innovative (tecnologie del DNA ricombinante, reazioni a catena della polimerasi, marcature molecolari).

In considerazione della funzione specificamente assolta dalla direttiva, volta alla disciplina delle invenzioni biotecnologiche, sembra doveroso attribuire alla formula la seconda accezione. Ne deriva che l'articolo non può essere invocato a sostegno della brevettabilità di piante ottenute con procedimenti essenzialmente biologici perché quest'ultimi non ricadono né all'interno delle fattispecie cui la disposizione si riferisce né in quella concettualmente più ampia dei “procedimenti tecnici”.

I procedimenti essenzialmente biologici, ancorché assistiti da marcatori molecolari, non contengono interventi tecnici³⁸ che siano tali da conferire al procedimento quel grado di *tecnicità* necessario e sufficiente ad esorbitare l'ambito dell'essenzialmente biologico; sul punto concordano sia la Commissione sia il mondo scientifico³⁹.

3. *L'innovazione vegetale tra protezione sui generis e regime brevettuale.*

E' ormai palese che l'interpretazione dell'articolo 53CBE susciti riflessioni circa i rapporti intercorrenti tra il brevetto per innovazioni vegetali e la privativa varietale. Inoltre, giunti a questo punto della trattazione ci si potrebbe chiedere per quale motivo la *Brassica Oloracea* della Plant Bioscience ltd. ed il Pomodoro deidratato del Ministero israeliano non siano stati tutelati con privativa varietale.

Quanto detto sino ad ora anticipa parzialmente la risposta: il tenore letterale delle rivendicazioni suggerisce l'incapacità/l'impossibilità delle piante in questione di individuare

³⁸ Sulla direttiva 98/44/CE, sulle questioni legate alla brevettabilità del vivente e delle biotecnologie la letteratura italiana e straniera è estesa, si segnalano in particolare: V. DI CATALDO, *Biotecnologie e diritto. Verso un nuovo diritto e verso un nuovo diritto dei brevetti*, in Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti, I tomo, a cura di C. Galli e altri, Giuffrè, Milano, 2004; L. ALBERTINI, *L'invenzione biotecnologica: requisiti di brevettabilità ed estensione della protezione*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 1059 ss; E. AREZZO, V. DI CATALDO, *Scope of the Patent and Uses of the Product in the European Biotechnology Directive*, in *Italian Intellectual Property*, 2007, N. 1, 11; J. KELVES, *Biotecnologie e politiche dei brevetti*, in *Storia della scienza, Enciclopedia italiana*, Vol. IX, 2003, 289 s.; F. LEONINI, *Il ruolo del brevetto nella ricerca biotecnologica*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2000, vol. I, 811 ss.; C. SIGNORINI, *I diritti di proprietà industriale in materia di biotecnologie e la tutela della biodiversità*, in G. GHIDINI e G. CAVANI (a cura di) *Brevetti e biotecnologie*, Luiss University press, Roma, 2006, 177 ss.; A. NURRA, *Il recepimento della direttiva comunitaria 98/44/CE sulla protezione legale delle invenzioni biotecnologiche*, in *Cont. Imp. Eur.*, 2006, 609 ss.

³⁹ AA. VV. *Genetica agraria*, (nt.3), 246.

nuove varietà autonome, atte a soddisfare i requisiti d'accesso alla tutela varietale; si tratterebbe, infatti, della creazione di *ibridi*. Se non altro siamo sospinti a credere in tale incapacità/impossibilità in ragione del fatto che, se così non fosse, l'EBA avrebbe apertamente violato il riparto tra la tutela brevettuale e quella varietale sancito dalla norma.

Per inquadrare correttamente la questione si invita al raffronto delle tre discipline che nel concreto vengono in rilievo e già più volte menzionate in questa sede, ovvero: la disciplina contenuta nella CBE, quella contenuta nella direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e quella a tutela di nuove varietà vegetali (UPOV e Regolamento CE n. 2100/94).

Dal coordinamento di questi insiemi normativi risulta che le innovazioni realizzate in campo vegetale sono solite accedere – secondo le circostanze del caso – alla tutela varietale (se l'oggetto della tutela è una nuova varietà vegetale⁴⁰; art. 1 UPOV e art. 53 CBE) o alla tutela brevettuale (se oggetto della rivendicazione è una pianta che *non* costituisce una varietà e l'eseguibilità tecnica dell'invenzione è trasversale a più varietà⁴¹; art. 4 Dir. 98/44/CE).

A rigore, come già detto, non emerge alcun riferimento esplicito alla brevettabilità di singole piante ottenute con procedimenti essenzialmente biologici né, viceversa, si rinvengono riferimenti espressi alla loro esclusione. Il fatto in sé non sorprende dato che i sistemi brevettuali dei paesi aderenti al TRIPS seguono il principio generale di brevettabilità e di non discriminazione in base al settore tecnologico (art. 27). Com'è noto, alla stregua di questo principio il diritto dei brevetti tende a non individuare esplicitamente le realtà brevettabili, bensì, soltanto quelle che non lo sono in quanto non considerate *invenzioni* o in quanto

⁴⁰ Una varietà vegetale è la minore delle unità sistematiche del mondo vegetale (Tipo, Classe, famiglia, Genere, Specie, Sottospecie, Varietà) e corrisponde al *taxon* botanico del più basso grado conosciuto della classificazione tassonomica del regno vegetale. (Es. la varietà di mele Cripps pink). Per accedere alla tutela varietale, quindi al diritto esclusivo di realizzare e di commerciare la nuova varietà, quest'ultima deve soddisfare i requisiti di: **novità** (se il materiale di propagazione o i prodotti di raccolta non sono stati venduti né ceduti a terzi, da oltre un anno dalla data di deposito nel territorio dell'Unione Europea o da oltre quattro anni all'estero), **distintività** (se la varietà si contraddistingue nettamente da ogni altra varietà notoriamente conosciuta alla data del deposito della domanda. Una varietà è notoriamente conosciuta quando: per essa è stata depositata, in qualsiasi Paese, la domanda per il conferimento del diritto di costituire o l'iscrizione in un registro ufficiale; o se presente in collezioni pubbliche), **omogeneità** (è sufficientemente uniforme nei suoi caratteri pertinenti e rilevanti per la protezione, con riserva della variazione prevedibile in conseguenza della sua riproduzione sessuata e della sua moltiplicazione vegetativa) e **stabilità** (i caratteri pertinenti e rilevanti per la protezione rimangono invariati dopo successive riproduzioni o moltiplicazioni o, in caso di un particolare ciclo di riproduzione o moltiplicazione, alla fine di ogni ciclo).

⁴¹ In materia brevettuale vale il cd. "*the more than a single variety approach*" tale per cui l'eseguibilità tecnica di un'invenzione deve essere trasversale a più varietà vegetali o più razze animali. Cfr. C. GALLI, *Problemi in materia di invenzioni biotecnologiche e di organismi geneticamente modificati*, in Riv. dir. ind., parte I, 2002, 398; v. ancora, A. MUSSO, (nt. 6). Il concetto espresso da Galli è stato affermato dall'EBA con decisione del 20 dicembre 1999, nel famoso caso Novartis-Transgenic Plants, No. G1/98, richiamato dall'EBA nelle decisioni G2/12 e G2/13 come precedente al fine di ricostruire l'interpretazione della propria giurisprudenza sull'articolo 53(b) CBE.

*eccezioni*⁴². Però, sebbene questo fatto non sorprenda, certamente confonde, soprattutto in presenza di casi-limite, come le fattispecie qui in esame. Queste ultime, infatti, si collocano idealmente sulla linea di confine che separa la tutela varietale da quella brevettuale; ora, questa particolare ubicazione non rende scontato per questi trovati il ricadere nell'uno o nell'altro regime di protezione. Peraltro, la funzione particolarmente delicata assolta in qualità di beni alimentari - cioè il soddisfacimento del bisogno primario di nutrirsi - se, da un lato, è in grado di giustificare l'utilizzo di titoli esclusivi, atti a stimolare la ricerca e la coltivazione di prodotti più resistenti e/o a maggiore resa, dall'altro, suggerisce l'importanza e la necessità di garantire l'equilibrio tra gli interessi del privato che investe nella ricerca e nello sviluppo di tali beni e l'interesse della collettività alla fruizione più ampia e più conveniente possibile degli stessi.

Ma procediamo con ordine affrontando per prima la questione dell'applicazione (o non applicazione) della tutela varietale alle fattispecie in esame e, a seguire, quelle relative alla qualificazione in termini di invenzione e del rispetto dei requisiti di brevettabilità.

Com'è noto la disciplina speciale delle nuove varietà vegetali traeva origine dall'idea della parziale inadeguatezza del sistema brevettuale a provvedere efficacemente alla protezione ed alla disciplina di innovazioni sviluppate in campo vegetale⁴³; peraltro, al tempo dell'adozione della convenzione UPOV (1961) non vi erano dubbi sulla possibilità di distinguere in modo chiaro e preciso le condizioni e gli ambiti di applicazione dei due sistemi di privativa, in assenza di sovrapposizioni e conflitti⁴⁴. Questo dato però non deve spingere erroneamente a credere che la tutela *ad hoc* venne concepita in termini di assoluta alterità rispetto al sistema brevettuale né deve portare a credere che le varietà vegetali erano state percepite come assolutamente estranee al brevetto. Tant'è vero che l'espunzione del divieto della doppia protezione⁴⁵ dal testo della Convenzione UPOV nel 1991, ha permesso agli Stati membri di assicurare la protezione

⁴² Sul principio generale di brevettabilità, cfr: G. GUGLIELMETTI, *Il decreto di recepimento della direttiva sulle invenzioni biotecnologiche: brevettabilità e requisiti di brevettazione*, in *Quaderni di AIDA n. 17, Il progetto di novella del cpi. Le biotecnologie*, a cura di L.C. Ubertazzi, Giuffrè 2007, 130 ss; V. DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e i modelli*, artt. 2584- 2594, in *Il cod. civ. commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, 166;

⁴³ Per un'indagine in chiave storico-giuridica della privativa varietale, soprattutto in riferimento all'esperienza europea ed americana, si vedano: M. CAMPI, *Protecting plants*, (nt. 2). Dello stesso A. si vedano anche: *Do intellectual property rights enhance agricultural productivity?*, Scritto presentato alla Conferenza Internazionale LALICS (2013), Rio de Janeiro, disponibile all'indirizzo www.redesist.ie; G. DUTFIELD, *Food, biological diversity and intellectual property: the role of the International union for the protection of new varieties of plants (UPOV)*, in QUNO – intellectual property issue, paper n. 9 (febbraio 2011) disponibile on line www.quno.org; B.D. WRIGHT, P.G. PARDEY, *The evolving rights to intellectual property protection in the agricultural biosciences*, in *International Journal of Technology & Globalisation* Vol. 2, n.1/2 del 2006 (in pdf online all'indirizzo [www. http://belfercenter.hks.harvard.edu/](http://www.belfercenter.hks.harvard.edu/)); C. E. MAYR, *La disciplina delle nuove varietà vegetali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, 847 ss.

⁴⁴ Così osserva J. STRAUS, *The relationship between plant variety protection and patent protection for biotechnological inventions from an International viewpoint*, in *International Review of industrial property and copyright law*, 1987, 724 ss.

⁴⁵ Il divieto di doppia protezione (*double protection*) cioè del cumulo tra le due forme di tutela per uno stesso genere o una stessa specie botanica era, originariamente, contenuto nell'articolo 2 della convenzione UPOV. Il fatto che il divieto fosse riferito specificamente ad un genere o ad una specie botanica indica la possibilità materiale per questi trovati di accedere ad entrambe le forme di tutela.

degli interessi del costituente di una nuova varietà, contestualmente, sia con la tutela *sui generis* sia con brevetto ove ne ricorrano i presupposti.

Negli Stati aderenti alla CBE, tuttavia, questo nuovo assetto indicato dall'UPOV deve essere coordinato con le previsioni contenute negli articoli 53 CBE e 4 della D. 98/44 che ancora mantengono in vigore l'esclusione dalla protezione brevettuale delle varietà vegetali. Per questo motivo l'articolo 53 CBE è divenuto nel tempo lo spartiacque tra le due forme di tutela e la sua applicazione da parte dell'EPO è stata cruciale nel delineare gli ambiti di efficacia dei due sistemi⁴⁶.

L'interpretazione accolta fino a questo momento esclude la brevettabilità delle varietà vegetali, in quanto soggette a disciplina speciale, con la conseguenza che per l'invenzione vegetale che non accede a questa speciale tutela si aprono, in linea di principio ed a particolari condizioni, possibili spiragli per l'accesso alla tutela brevettuale (si veda il par. 3.1). In quest'ultima ipotesi, però, per poter godere della protezione brevettuale i trovati *non* debbono configurare una varietà e, al contempo, devono soddisfare gli ordinari requisiti d'accesso al brevetto.

Accolta questa chiave di lettura e, alla luce di quanto detto fin'ora, sembra possibile affermare che la tipologia di prodotto vegetale intorno alla quale ruotano le decisioni G2/12 e G2/13 dell'EBA non possa essere soggetta né a tutela brevettuale, né varietale. Da un lato, il modello astratto di pianta di cui si discute non costituisce varietà, dall'altro non sembra soddisfare i requisiti brevettuali.

Per quanto riguarda la qualificazione in termini di invenzione si consideri quanto segue. L'impiego delle categorie concettuali proprie del diritto comune dei brevetti nella particolare accezione di significato che gli interpreti gli hanno attribuito in riferimento alle invenzioni biotech, consente di riconoscere anche ai materiali biologici preesistenti in natura lo *status* di invenzioni, cioè lo status di idee di *soluzione ad un problema tecnico*. Ad esempio, l'incremento dei livelli di produttività agricola attraverso l'uso di certi procedimenti, l'impedire il contrarsi e la diffusione di fitopatologie o il rallentamento del processo biologico di decomposizione del materiale organico mediante trasformazioni genetiche, sono tutti esempi di soluzioni a problemi tecnici.

A seguito degli intensi sforzi interpretativi della dottrina e della giurisprudenza, il dato normativo odierno stabilisce che un materiale biologico è considerato invenzione **brevettabile** (e non mera scoperta, quindi escluso dal regime di privativa) soltanto se *isolato* dal suo ambiente naturale o se *prodotto tramite un procedimento tecnico*, cioè un procedimento di produzione, di lavorazione o di impiego di materiale biologico il cui risultato finale sia l'esito dell'apporto determinante ed imprescindibile del controllo umano.

⁴⁶ Sul punto si veda G. SCIONTI, (nt.15), 232.

Si ritiene obbligato il riferimento al suddetto dato normativo, ancorché predisposto in tema di invenzioni biotecnologiche, in ragione del fatto che le invenzioni di cui tratta il presente scritto sono anch'esse viventi, concernenti direttamente materiale biologico; questo fatto appare logicamente e giuridicamente deputato a giustificare l'applicazione del dato normativo a tutte le fattispecie concrete riconducibili alla fattispecie astratta del "materiale biologico".

Alla luce di questo dato normativo, quindi, si comprende che pur potendosi qualificare come invenzione un prodotto di natura, non è in alcun modo possibile - salvo emendare la normativa di riferimento - considerare brevettabile una pianta ottenuta con metodi essenzialmente biologici di selezione ed incrocio che, in sé considerati non comportano né isolamento né produzione tecnica nel significato che è stato già chiarito.

A rafforzare tale conclusione è l'idea secondo la quale gli ibridi di cui si discute non sono in grado di soddisfare tutti i requisiti di brevettabilità. Senz'altro si considera soddisfatto il requisito della novità in ragione dell'assenza di prodotti identici sia in natura sia nello stato della tecnica; a rigore, però, la novità in sé e per sé considerata è un requisito certamente necessario ma non sufficiente per ottenere il brevetto, dovendo sussistere anche l'originalità e l'industrialità dell'invenzione. Quest'ultimo requisito non pone eccessive difficoltà di riscontro dal momento che, in linea generale, le invenzioni si considerano atte ad avere un'applicazione industriale se l'oggetto può essere fabbricato ed utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola, con caratteri di ripetibilità costante. Resta da indagare il profilo dell'originalità, quello maggiormente problematico.

3.1. Le questioni legate al giudizio di originalità nel regime di tutela brevettuale.

L'individuo vegetale ottenuto con selezione assistita non sembra superare pienamente il test di originalità né in relazione alla **strategia di ricerca** messa in atto per la realizzazione del prodotto⁴⁷, né in relazione alle risorse umane, temporali, finanziarie e strumentali⁴⁸ impiegate

⁴⁷ Talvolta l'originalità dell'invenzione si riscontra in base alla strategia di ricerca attuata che, lungi dall'essere evidente, consente di realizzare un'invenzione con metodi routinario o noti combinati e/o attuati in modo originale. Esempio in proposito è la famosa vicenda dell'individuazione del virus dell'epatite C.

Cfr. Trib. di Milano, 11 novembre 1999, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, n. 4030/4; M. HOUGHTON, *The long and winding road leading to the identification of the hepatitis C Virus*, pubblicato online al sito www.journalofhepatology.eu, 10 Settembre 2009. In merito all'individuazione del DNA del virus responsabile dell'epatite C e dei relativi kit diagnostico e del vaccino.

Sul requisito di originalità in ambito biotecnologico, anche in un'ottica di comparazione tra sistema brevettuale europeo ed americano, si vedano: C. GALLI, *Problemi in materia di invenzioni biotecnologiche e di organismi geneticamente modificati*, (nt.41); V. DI CATALDO, *La brevettabilità delle biotecnologie. Novità, attività inventiva, industrialità*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1999, I, 177; S.J.R. BOSTYN, *Enabling biotechnological inventions in Europe and United States. A study of the patentability of proteins and DNA sequence with special emphasis on disclosure requirements*, EPOscripts Series n. 4, European Patent Organizations, 2001, 67 ss.; B. SHERMAN, *Patent Law in a Time of Change: Non-obviousness and Biotechnology*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 10 n.2, Oxford University Press, 1999, 278 ss.; J.H. BARTON, *Patents, Genomics, Research and Diagnostic, in Academic Medicine*, December 2002, vol. 77, suppl. 12, part 2, 1339- 1347 (pdf disponibile on line al sito www.journals.lww.com); J.I. AUERBACH, *Patent law principles and strategies* (2006),

per la ricerca e l'attuazione dell'invenzione. Certamente il giudizio deve essere svolto caso per caso prestando attenzione alle particolarità di ogni ricerca, tuttavia, in linea tendenziale l'impiego di MM per creare ibridi non presenta elementi tecnici e conoscitivi di complessità tale da esorbitare le capacità ordinarie di un tecnico medio del ramo.

Chiunque abbia conoscenza delle questioni giuridiche legate all'accesso al brevetto delle invenzioni biotecnologiche sa che l'interpretazione del requisito di non-ovvietà è peculiare e, in un certo qual modo, meno rigorosa rispetto all'interpretazione normalmente accolta in altri settori, soprattutto in quello meccanico⁴⁹. Stante la natura vivente dei trovati in esame si ritiene di dover applicare il criterio di originalità con il contenuto e gli effetti che gli sono normalmente attribuiti in sede di valutazione delle invenzioni biotecnologiche.

Secondo una visione tralatizia, il *test* di originalità è suddiviso idealmente in tre fasi: nella prima fase si inquadra e si identifica lo stato dell'arte relativo al settore di appartenenza dell'invenzione rivendicata; nella seconda fase si individuano i livelli di conoscenza e di competenza del cd. tecnico medio del ramo; ed infine, nella terza ed ultima fase, si confrontano i dati raccolti nelle due precedenti fasi e si valuta la capacità del tecnico medio di ottenere e/o di giungere all'invenzione rivendicata in modo evidente, senza particolari sforzi, dato lo stato attuale dell'arte.

Le difficoltà che sorgono nel settore biotecnologico attengono innanzitutto alla prima fase del test, poiché il rapido progredire delle conoscenze e delle tecniche rende più incerto l'inquadramento dello stato attuale dell'arte. In secondo luogo, l'avanzamento della tecnica e delle conoscenze influisce profondamente sulla terza fase, poiché molte delle attività che inizialmente comportavano sforzi non indifferenti tendono a divenire, in tempi relativamente brevi, routinarie e standardizzate.

Certamente, il fatto che una tecnica sia standardizzata e di largo impiego non implica di per sé l'impossibilità di realizzare qualcosa di originale ma, questa eventualità, è tanto più ridotta quanto maggiore è la tendenza ad innovare in modo incrementale.

In presenza di innovazione incrementale – diversamente da quanto accade in presenza di innovazione radicale – il riscontro di originalità dell'invenzione diviene meno immediato; pertanto, l'interprete è tenuto a valutare in concreto se, dato lo stato della tecnica, vi siano ragioni evidenti (*in primis*, ragioni di probabilità di successo dell'invenzione) per intraprendere

www.euro.ecom.cmu.edu, 5; Sul punto si è espresso anche la Commissione Europea con la Relazione al Parlamento e al Consiglio dal titolo “*Sviluppi e implicazioni del diritto dei brevetti nel campo della biotecnologia e dell'ingegneria genetica*”, Bruxelles, 7 ottobre 2002, COM(2002).

⁴⁸ Sul punto si veda G. GUGLIELMETTI, commento all'art. 3 della L. 22 febbraio 2006 n. 78 in *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, a cura di V. DI CATALDO, NLC, 2008, 376 ss.

⁴⁹ Cfr. N. GALLINI, (nt.9), 147-148, P.A. afferma che “*Nevertheless, the problem of patents being granted more easily highlights a recurring theme: the same policies that are perceived to have strengthened patent rights in certain ways also have weakened them. The lower standard for patents is attributed largely to the sharp rise in applications on products and processes in new subject areas for which the U.S. Patent and Trademark Office has limited expertise or access to prior art. These burdens on the patent office have compromised the quality of patents*”.

una certa attività di ricerca e di sperimentazione. Se la risposta è affermativa, l'invenzione prodotta deve reputarsi priva di originalità perché immediatamente derivabile da un qualsiasi operatore medio del settore.

Ora, i casi esaminati in questo scritto riguardano procedimenti di selezione assistita (MAS), anche noti come *breeding assistito*. Tale tecnica è basata sull'assunto per cui la diversità biologica presente all'interno di una stessa *specie* vegetale offre la possibilità di individuare, selezionare ed incrociare *varietà* sessualmente compatibili, in grado di esprimere caratteristiche particolari. I vantaggi apportati dall'utilizzo di marcatori consiste nella precisione dei risultati e nell'abbattimento dei tempi di realizzazione del prodotto desiderato; a differenza della selezione e dell'incrocio tradizionale, la MAS opera osservando non il fenotipo ma direttamente il genotipo della pianta⁵⁰, ovviando in tal modo le lunghe e costose tempistiche della casualità statistica.

Le piante ottenute con MAS differiscono da quelle transgeniche⁵¹ perché non contengono frammenti di DNA estraneo alla specie di appartenenza; non si dà luogo ad alcuna trasformazione genetica perché i caratteri di interesse che la pianta esprime sono insiti naturalmente nella pianta e sono il risultato della riproduzione sessuata di esemplari scelti a seguito di mappatura genetica con MM.

Per la produzione della Brassica e del Pomodoro deidratato è stata impiegata la MAS; questa è considerata oggi una realtà consolidata nel miglioramento genetico di diverse specie vegetali, in particolar modo di quelle orticole, soprattutto per caratteri semplici come la resistenza a patologie o a parassiti⁵², per questo motivo si contesta la presenza di uno speciale sforzo inventivo nella realizzazione di dette piante.

3.2 La prassi dell'EPO dal caso *Ciba Geigy (T49/83)* alla direttiva 98/44/CE.

Si vuole adesso considerare la brevettabilità dei trovati biologici ottenuti con metodi di *breeding assistito* avendo riguardo alla prassi sviluppata dall'EPO nel corso di questi anni in tema di accesso al brevetto e di rapporti con la disciplina varietale. In particolare, tre decisioni

⁵⁰ Cfr. AA.VV., *Genetica Agraria*, (nt.3), 214 e 245 ss. ed anche i documenti della Fondazione Diritti Genetici all'indirizzo www.fondazioneirittigenetici.it, in particolare: *Dieci domande sulla selezione assistita da marcatori e Selezione Assistita da Marcatori*. Per una spiegazione a carattere tecnico sui MAS e sulla funzione alternativa a quella svolta dalla tecnologia del DNA, in contrapposizione alla posizione della Fondazione Dir. Genetici, si veda: L. CATTIVELLI, *Non facciamo confusione sul miglioramento genetico*, in *L'Informatore Agrario*, 2010, n. 19, 10.

⁵¹ GM sta per geneticamente modificate e si riferisce agli organismi creati mediante tecniche di dna ricombinante. Per una compiuta analisi delle differenze tra piante ottenute con selezione assistita ed OGM si vedano: FAO, 2007. *Marker-assisted selection : Current status and future perspectives in crops, livestock, forestry and fish* (<http://www.fao.org/docrep/010/a1120e/a1120e00.htm>); D. BARASCHI, A. TONDELLI, F. DESIDERIO, A. VOLANTE, P. VACCINO, G. VALE', L. CATTIVELLI, *Next generation breeding*, Elsevier Ireland Ltd., 2015.

⁵² AA.VV. *Genetica Agraria*, (nt.3), 445.

vengono in rilievo: la **T49/83 (Ciba Geigy)**⁵³; la **T320/87 (caso Lubrizol)**⁵⁴ ed infine la **G1/98 (caso Novartis)**⁵⁵, di pochi mesi successiva all'adozione della Direttiva 98/44/CE.

Il caso Ciba Geigy è pacificamente considerato il primo caso “pilota” nell’interpretazione del termine Varietà Vegetale ai fini dell’applicazione dell’articolo 53 CBE. La domanda di brevetto europeo sottesa alla decisione aveva ad oggetto il materiale di riproduzione (semi) di alcune piante coltivate i quali erano stati trattati chimicamente. La domanda venne inizialmente rigettata dall’Examining Division sul presupposto che la rivendicazione comprendesse anche varietà vegetali e fosse, pertanto, contraria al divieto ex art. 53 b) CBE⁵⁶. In appello, il Technical Board of Appeal (TBA), chiari che il divieto riguarda esclusivamente le piante, il loro materiale di propagazione e di riproduzione **nella forma geneticamente fissata di una varietà vegetale**; poiché la rivendicazione nel caso Ciba Geigy non riguardava una singola varietà (dato che il trattamento chimico⁵⁷ era efficace su molteplici varietà e, altresì, su piante che non soddisfacevano i requisiti varietali), il TBA modificò la decisione e concesse il brevetto. Quel che più interessa approfondire di questa decisione sono i punti 4 e 5, il cui contenuto è di fondamentale importanza per sostenere la tesi della non brevettabilità delle piante ottenute con metodi essenzialmente biologici, accolta in questo scritto.

Il punto 4 ripercorre in breve le ragioni poste a fondamento del divieto ex art. 53 che sono state illustrate nel paragrafo precedente e conclude affermando che:

“(...) innovations which cannot be given the protection afforded to varieties are still patentable if the general prerequisites are met”⁵⁸.

Ciò potrebbe indurre a credere che l’affermazione abbia un valore assoluto e che quindi qualunque artefatto biologico diverso da una varietà può accedere al brevetto, ma così non è. La conferma è data proprio dal successivo punto 5, nel quale il TBA afferma che:

*“5. Moreover, **the propagating material claimed is not the result of an essentially biological process for the breeding of plants -which would be excluded from patent protection-** but the result of treatment with chemical agents (e.g. dressing agents, seed-dressing processes,*

⁵³ CIBA GEIGY/ Propagating material, TBA Decision of 26 July 1983 in OJ EPO, 1984, 112.

⁵⁴ LUBRIZOL/Hybrid Plants, TBA Decision of 10 November 1988, in OJ EPO, 1990, 71.

⁵⁵ NOVARTIS AG/Transgenic plant, Decision of the Enlarged Board of Appeal dated 20 December 1999, in OJ EPO, 2000, 111.

⁵⁶ Cfr. G. SCIONTI, (nt.15), 248.

⁵⁷ T 49/83. REASONS FOR THE DECISION. 3. “A definition of cultivated plants in the description (cf. page 9, paragraph 3) shows that this includes all plants which yield substances in any form. Examples of known plants are listed. Propagating material from such cultivated plants comprises all reproductive plant components, including plants and plantlings which have begun to be germinated, but particularly seeds (cf. page 10, paragraph 2, of the description). **Even if certain known varieties of wheat, millet and barley are mentioned in the examples in connection with oxime treatment** (cf. pages 35 and 36 of the description), **the subject-matter of claims 13 and 14 is not an individual variety of plant distinguishable from any other variety, but the claims relate to any cultivated plants in the form of their propagating material which have been chemically treated in a certain way.**”

⁵⁸ Tradotto “Le innovazioni alle quali non è concessa la tutela accordata alle varietà restano brevettabili se in grado di soddisfare i requisiti generali”.

*immersion of the planting in an oxime solution, cf. page 6, line 23, page 9, line 8 and page 10, lines 17-20). To summarise, therefore, Article 53(b) EPC is not an obstacle to the patenting of the propagating material claimed in the present case*⁵⁹.

Il materiale di propagazione rivendicato nel caso Ciba Geigy è brevettabile perché, oltre alle ragioni precedentemente esposte, non è ottenuto mediante procedimenti essenzialmente biologici poiché, in quel caso, sarebbe escluso dalla tutela. Nelle decisioni G2/12 e G2/13 l'EBDA, non menzionando nemmeno una volta la suddetta decisione, adotta una linea interpretativa diametralmente opposta a quella fino ad ora condivisa dall'EPO proprio a partire dal caso Ciba Geigy.

La medesima linea interpretativa si ritrova anche nel caso Lubrizol, celebre per aver fornito l'interpretazione di “procedimento essenzialmente biologico” ex art. 53 b) CBE, utilizzando quale criterio di giudizio l'impatto determinato dall'intervento dell'uomo sul risultato finale ottenuto⁶⁰.

La domanda di brevetto presentata dalla Lubrizol inc. aveva ad oggetto un procedimento per la produzione di semi ibridi, alterati chimicamente per ottenere lo sviluppo più rapido e la maggiore resa produttiva della pianta, nonché i prodotti ottenuti dal procedimento (*product by process claim*). Anche questa rivendicazione venne rigettata in un primo momento dalla Examining Division per poi essere successivamente ammessa al brevetto in sede di appello. A giudizio del TBA, diversamente da quanto era stato asserito in sede di primo esame, il procedimento impiegato non poteva essere classificato come “essenzialmente biologico” in vista del ruolo determinante svolto dall'intervento umano sulle operazioni di ibridazione. Superato questo primo ostacolo, il TBA ha proseguito dichiarando la brevettabilità del prodotto ottenuto in quanto i semi ibridi e le piante rivendicate, difettavano di stabilità e non erano idonei a configurare una varietà vegetale.

⁵⁹ Tradotto “Inoltre il materiale di propagazione rivendicato non è il risultato di un procedimento essenzialmente biologico per la produzione di piante – il quale sarebbe stato escluso dalla tutela brevettuale- ma è il risultato di un trattamento con agenti chimici (e.g. [...] omissis). Per riassumere, quindi, l'articolo 53 b) CBE non è un ostacolo alla brevettabilità del materiale di propagazione rivendicato nel caso in esame.

⁶⁰ **T 329/87. Summary of facts and submissions. II.** “*it was stated in the decision of the Examining Division that the "quantity" of human intervention in a biological process was not decisive in this respect. Rather, the "quality" of the human intervention had to be decisive in determining whether a process was biological in its essence or not. According to the decision it had never been disputed that at least the classical breeders' methods were considered as essentially biological, although the quantity of human control and interference might be large in these classical methods.*”

(...) **Reasons for the decisions. 6.** “*The Board takes the view that whether or not a (non- microbiological) process is to be considered as "essentially biological" within the meaning of Article 53(b) EPC has to be judged on the basis of the essence of the invention taking into account the totality of human intervention and its impact on the result achieved. It is the opinion of the Board that the necessity for human intervention alone is not yet a sufficient criterion for its not being "essentially biological". Human interference may only mean that the process is not a "purely biological" process, without contributing anything beyond a trivial level. It is further not a matter simply of whether such intervention is of a quantitative or qualitative character.*”

L'orientamento espresso dall'EPO in epoca precedente alle decisioni G2/12 e G2/13 riferiva quindi l'eccezione formulata nei confronti dei procedimenti essenzialmente biologici anche ai prodotti da questi ottenuti, se diversi da una varietà.

Altrettanto utile alla comprensione del quadro giuridico in cui ci muoviamo è il celebre caso Novartis, deciso dall'EBA nel dicembre del 1999 (decisione G1/98). La decisione assume apprezzabile importanza poiché resa poco dopo l'adozione della Direttiva 98/44/CE ma ben prima del suo formale recepimento nel regolamento di attuazione della CBE. In conformità al principio del "*more than a single variety approach*", formalmente accolto nella Direttiva, l'EBA ha riconosciuto l'astratta brevettabilità di tutte quelle invenzioni che pur riguardando varietà vegetali non le individuano singolarmente perché ad esse trasversali. Pertanto, indipendentemente dalle modalità con cui una varietà vegetale è ottenuta (procedimenti tecnici o essenzialmente biologici), essa è sempre esclusa dalla protezione brevettuale in quanto soggetta a tutela varietale, non cumulabile al titolo brevettuale nei paesi aderenti alla CBE.

La decisione G1/98 ha sovvertito quella più restrittiva precedentemente resa dal TBA, la T1054/96, nella quale il Technical Board escludeva ex art. 53 CBE la brevettabilità della rivendicazione della Novartis avente ad oggetto il procedimento biotecnologico per la modifica genetica di alcune varietà vegetali e le piante transgeniche così ottenute. Il TBA, uniformandosi all'interpretazione già accolta nel caso Plant Genetic Systems (PGS)⁶¹, aveva sottolineato per contro l'illogicità di applicare l'articolo 53 CBE in modo tale da escludere il brevetto sulle invenzioni che riguardano una sola varietà e ammetterlo, invece, se la rivendicazione ne comprende più d'una⁶².

Il mutamento interpretativo espresso dall'EBA nel caso Novartis trova spiegazione nel cambiamento intervenuto a livello normativo con l'adozione della direttiva⁶³.

Altrettanto non può essere detto della recente interpretazione dell'articolo 53 CBE formulata nei casi Broccolo e Pomodoro che, al contrario, sembra contravvenire apertamente il dato normativo. Della medesima opinione è anche una parte del Parlamento Europeo che, nella summenzionata proposta di risoluzione del dicembre 2015, ha dichiarato che le decisioni dell'EBA rischiano di compromettere l'eccezione prevista dall'articolo 53; per questo motivo, il Parlamento ha invitato la Commissione a trasmettere all'EPO i propri orientamenti sul tema cosicché possano essere utilizzati in futuro come strumento di interpretazione supplementare⁶⁴.

⁶¹ T356/93, Plant Genetic Systems, TBA Decision of 21 February 1995, in OJ EPO, 1995, 545.

⁶² Cfr. G. SCIONTI, (nt.15), 251.

⁶³ Il Board ha spiegato al riguardo che "*The inventor aims at providing tools whereby a desired property can be bestowed on plants by inserting a gene into the genome of those plants. Providing these tools is a step which precedes the further steps of introducing the gene into a specific plant. Nevertheless, it is the contribution of the inventor in the genetic field which makes it possible to take the second step and insert the gene in the genome of any appropriate plant or plant variety. Choosing a suitable plant for this purpose and arriving at a specific, marketable product, which will mostly be a plant variety, is a matter of routine breeding steps which may be rewarded by a plant breeder's right.*" Decision of EBA, 20.12.1999, in IIC, 2000, 430 ss.

⁶⁴ Cfr. il punto C a p.3 ed il punto 3 a p.4 della risoluzione.

Infine, si invita al riflettere sul fatto che gli ibridi nuovi, espressivi di taluni caratteri innovativi ed ottenuti con incrocio di varietà note, sono il frutto dell'incrocio specifico di quei genomi, pertanto l'invenzione non può considerarsi trasversale a più varietà, ciò esclude ancora una volta la pretesa brevettabilità di simili beni.

4. *Il nuovo orientamento interpretativo sulla brevettabilità del vivente: conseguenze giuridiche ed economiche.*

Non è semplice valutare con precisione l'impatto giuridico ed economico del nuovo orientamento interpretativo assunto dall'EPO.

Com'è stato ampiamente illustrato, dal punto di vista tecnico-giuridico si osserva un allargamento nelle maglie dell'interpretazione dell'articolo 53 CBE che di fatto schiude una nuova frontiera in tema di brevetti bio(tecno)logici. Anche l'ultimo baluardo, infatti, è caduto: se fino a ieri, dopo i lunghi sforzi interpretativi condotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il materiale vivente veniva considerato brevettabile a condizione che fosse isolato o prodotto tecnicamente, oggi, anche questo vincolo sembra essere venuto meno.

Non si discute della straordinarietà inventiva di quanto rivendicato dalla Plant Bioscience Ltd. e dal Ministero israeliano; la selezione assistita, infatti, rappresenta un'importante e vantaggiosa opportunità per il miglioramento genetico delle colture. La disponibilità di ortaggi con proprietà anticancerogene e a lunga conservazione rappresentano, senz'altro, una risorsa importante per la collettività. Tuttavia il pregio scientifico di un progresso tecnico non sempre è in grado di tradursi in un vantaggio sociale o collettivo – o perlomeno – non sempre è in grado di creare benessere collettivo e ciò, come ritengono alcuni, dipende *anche* dal regime giuridico per mezzo del quale si fruisce dell'innovazione.

Il nodo problematico della questione risiede nel fatto che i trovati vegetali di cui si discute, in quanto privi di stabilità, non sono in grado di mantenere e trasmettere i propri caratteri alle generazioni future. D'altro canto, se così non fosse, questi configurerebbero delle varietà, in sé escluse dalla tutela brevettuale e le decisioni dell'EBA risulterebbero in aperto contrasto con il dato letterale della disposizione ex art. 53 CBE.

Posto che la *Brassica* ed il *Pomodoro deidratato* non configurano varietà autonome, concedere un titolo esclusivo su detti trovati appare privo di senso, perché l'istituto appare impossibilitato a svolgere la propria funzione tipica: interdire i terzi dal replicare l'invenzione così per come questa è stata rivendicata. Pertanto, se l'invenzione non può essere replicata mantenendo costanti i caratteri indicati nella rivendicazione, qual è il senso di concedere un monopolio temporaneo sui prodotti? Il quesito rimane, almeno per il momento, privo di risposta.

Dal punto di vista economico invece emerge il sostegno che l'orientamento è in grado di assicurare alla politica commerciale delle imprese che operano nel settore agroalimentare. Per comprendere quanto detto è sufficiente riflettere sulle condizioni ambientali attuali le quali

pretendono coltivazioni a bassi *input*, conservazione della biodiversità e l'utilizzo di soluzioni industriali ecocompatibili.

L'importanza tributata a livello politico internazionale al recupero ed alla conservazione della biodiversità, la resistenza diffusa dell'opinione pubblica all'utilizzo di OGM in agricoltura e la crescente sensibilità percepita verso il consumo di prodotti "biologici"⁶⁵, spinge i grandi colossi del settore agroalimentare a sviluppare modelli, prodotti e tecnologie atti a captare sia il consenso dei consumatori sia l'accesso a forme di tutela esclusiva sulle innovazioni ed i prodotti realizzati⁶⁶.

Per le imprese che operano nel settore agroalimentare, brevettare piante ottenute con metodi tradizionali può quindi tradursi, plausibilmente, nella riduzione dell'uso di OGM (eliminarne del tutto l'utilizzo sarebbe ormai impossibile), così poco graditi ai consumatori e minacciosi per la biodiversità⁶⁷.

A questi vantaggi per le imprese si contrappongono, in termini generali, gravi rischi per il sistema brevettuale – secondo la *ratio* ad esso sottesa – e per il mercato. Infatti, concedere privative su prodotti ottenuti con procedimenti essenzialmente biologici rischia di creare nel lungo periodo un cortocircuito nel funzionamento e nella *ratio* del sistema, riducendo sensibilmente gli standard di originalità e compromettendo il meccanismo degli incentivi all'innovazione successiva.

Inoltre il monopolio su prodotti biologici di largo consumo – ancorché temporaneo – rischia di incrementare il grado di concentrazione dei mercati agroalimentari (già altamente concentrati⁶⁸) rappresentando un problema soprattutto per i consumatori finali del prodotto.

⁶⁵ Per un'opinione diversa in riferimento agli anni 2004 e 2005 Cfr. *Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica*, (nt.15), 3 ss.

⁶⁶ Come acutamente osservato da M. CAMPI, *Do intellectual property rights enhance agricultural productivity?*, (nt.43), gli effetti prodotti dai diritti di proprietà intellettuale sulla produttività agricola non sono lineari. Questo dato rafforza l'ipotesi avanzata dall'A. per cui gli effetti positivi/negativi prodotti dai sistemi di IP sul sistema economico dei paesi sono correlati in modo imprescindibile alla condizione economica specifica del paese. Ciò implica l'impossibilità e l'inesistenza di un unico sistema di IP che possa andare bene per tutti gli ordinamenti economici.

⁶⁷ Cfr. *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela ambientale*, a cura di Ferrara e Marino, CEDAM, Padova 2003. L'ostilità del pubblico dei consumatori verso gli OGM è più che nota, ed è altrettanto nota l'estensione acquisita dal movimento d'opinione contraria all'utilizzo di OGM per l'alimentazione umana che ne evidenzia i rischi per la salute, per la biodiversità, per la sostenibilità del sistema alimentare. La ricaduta economica delle decisioni EBA relative ai broccoli ed ai pomodori è notevole per le multinazionali che le hanno brevettate, basti pensare che in UK il broccolo è già stato immesso nel mercato con sapientissime strategie di marketing che lo contraddistinguono con lo slogan "naturally better", giocando con il termine naturally che richiama evidentemente il metodo di produzione. Si legga in proposito: <http://www.fondazioneirittigenetici.org/news/632/brevetti-ue-non-sar-revocato-il-brevetto-sui-broccoli>.

⁶⁸ Per approfondimenti nell'ambito della concentrazione del mercato mondiale agroalimentare si legga: E. AVITABILE, M. FONTE, *OGM e modelli di produzione agricola: monopolio, brevetti e sviluppo*, disponibile online al sito www.researchgate.net; M. FONTE, *Bioteχνologie agricole: proprietà intellettuale, conoscenza tradizionale e beni pubblici*, reperibile al sito www.academia.eu; Si consiglia anche la lettura dell'indagine condotta dalla ex INEA (oggi Rete di Informazione Contabile Agricola (RICA), a cura di M. MONDA, *Il comparto Sementiero* in www.rica.inea.it. l'indagine si riferisce al mercato europeo delle sementi cerealicole, prestando particolare attenzione al mercato

5. *Funzioni e disfunzioni del sistema brevettuale oggi. Conclusioni.*

L'attuale fisionomia del sistema brevettuale appare molto diversa da quella che era dieci o quindici anni fa. I cambiamenti apportati dalle nuove tecnologie sollecitano gli studiosi ad interrogarsi sulla persistenza, la volubilità e la necessità di ripensare e/o di rafforzare certe regole e certi principi dell'istituto brevettuale.

Un esempio in proposito è offerto dal ruolo attribuito al valore tecnico ed economico dell'invenzione. E' infatti opinione risalente quella secondo la quale sarebbe del tutto irrilevante, ai fini di una valida brevettazione, il merito tecnico o economico dell'innovazione rivendicata⁶⁹. Ciò implica che il giudizio di valore sul pregio tecnologico della soluzione non incide sull'accoglimento della domanda, né ha rilievo l'ottimalità o la convenienza economica della stessa.

Tuttavia, concordi con l'idea che riconosce al brevetto in campo biotecnologico⁷⁰ una natura socio-politica non esclusivamente "tecnica", ci si domanda se non sia il caso di ripensare o, quantomeno, applicare con maggior consapevolezza siffatta regola.

E' infatti inevitabile che la valutazione del gradiente di difficoltà soggettiva e di oggettivo incremento del patrimonio tecnologico per accedere al brevetto sia, in una certa misura, soggettiva e discrezionale dell'organo che procede alla valutazione suddetta⁷¹ il quale – a parere di chi scrive – dovrebbe tenere conto della particolare natura dell'invenzione biotecnologica.

Il motivo per cui si rende opportuno prestare questa attenzione particolare alla natura del brevetto biotech., al valore tecnico e all'originalità che l'invenzione esprime coincide con l'esigenza di mantenere integra la duplice funzione dell'istituto brevettuale: incentivare il processo innovativo e remunerare gli investimenti sostenuti per realizzare la singola innovazione. Nel caso di specie, il giudizio sulla brevettabilità delle piante ottenute con metodi essenzialmente biologici pone una questione di interpretazione evolutiva delle regole brevettuali e, al contempo, una questione di corretto utilizzo delle regole si di quelle già esistenti sia in via di formazione, nel rispetto della logica fondamentale sottesa all'istituto.

Invero, ad opinione di chi scrive, l'interpretazione accolta dall'EBA sembra esprimere (per tutti i motivi che sono stati illustrati sino ad ora) un orientamento che potremmo definire

italiano. Lo studio approfondisce i livelli di competitività esistenti nel mercato e come questi influiscano sui prezzi dei prodotti acquistati dagli agricoltori. L'ultima parte del lavoro affronta, invece, le tematiche dell'impiego di sementi GM per la produzione di cereali in Italia e della ricerca sul miglioramento genetico delle sementi.

⁶⁹ Sul punto Cfr. G. FLORIDIA, *Le invenzioni*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012, 216-217; e anche Cass. 11 dicembre 1999, n. 13863, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1999, 115, richiamata da Cass. 9 settembre 2005, n. 17993, in *Foro it.*, 2006, I, 114 ove si afferma che "(...) si deve prescindere dal grado di progresso tecnico che l'invenzione realizza, purché il trovato sia espressione di attività creativa, ancorché in misura modesta: anche un piccolo progresso tecnico è invenzione, purché non sia conseguibile da un tecnico del ramo facendo ricorso alle proprie ordinarie capacità e conoscenze".

⁷⁰ M. TALLACCHINI, *La trappola e il topo: la brevettabilità della materia vivente*, in *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto* (a cura di) A. SANTOSUOSSO, S. GARAGNA et al., Ibis, Pavia, 2003, 207.

⁷¹ Cfr. G. FLORIDIA, *I requisiti di proteggibilità*, in AA.VV., *Diritto industriale...*, (nt.69), 267.

paradossale dal punto di vista giuridico⁷² e controproducente dal punto di vista economico⁷³; basti considerare che la privativa ventennale è concessa su un'innovazione astrattamente utile ma dall'esiguo valore inventivo e tecnico.

Naturalmente, a questa valutazione potrebbe essere contrapposta quella favorevole alla brevettazione e basata su un argomento di tipo funzionale che tende a privilegiare, attraverso il premio/incentivo del titolo esclusivo, l'interesse urgente e generale alla produzione di prodotti agricoli ed ortivi potenziati⁷⁴.

Non è possibile – per ovvie ragioni – ampliare ulteriormente la riflessione alla luce dell'argomento funzionale, pertanto, ci si limita ad affermare che oggi, con la massima urgenza, è necessario valutare l'effettiva funzionalità delle regole brevettuali (nella loro formulazione, interpretazione ed applicazione) rispetto agli obiettivi dell'incremento del benessere economico collettivo e del sostegno all'innovazione, soprattutto in un settore delicato come quello delle biotecnologie.

Per concludere si auspica che l'EPO torni sui propri passi e smentisca, in ottemperanza al dato normativo, la brevettabilità di singoli esemplari vegetali ottenuti con procedimenti essenzialmente biologici. Nel frattempo si attendono sulla questione i pronunciamenti della Commissione europea e le opinioni della dottrina, al fine di individuare soluzioni che – senza escludere a priori quella brevettuale – consentano di bilanciare gli interessi giuridici a riferibilità individuale e collettiva che risultano coinvolti.

⁷² Cfr. G. GHIDINI, *Profili evolutivi di diritto industriale*, (nt.14), 128.

⁷³ Sul punto Cfr. G. GHIDINI, *Ibidem*, 82 ss. e M. LIBERTINI, *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi.*, disponibile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it, 32-34.

⁷⁴ L'argomento è stato già invocato in passato per legittimare interpretazioni più o meno estensive della regola di generale brevettabilità. Si veda sul punto V. DI CATALDO in *Biotecnologie e diritto.*, (nt.38), 497, circa l'utilizzo di questo argomento in presenza di un serio interesse dell'umanità ad una produzione più ampia ed accessibile di un certo bene (kit diagnostici o proteine).

IL NUOVO DIRITTO SOCIETARIO TRA CRISI E RIPRESA: PROFILI INTRODUTTIVI *

CARLO IBBA

SOMMARIO: 1. Un nuovo diritto societario?- 2. Il così detto diritto societario della crisi fra specialità e autonomia.- 3. Diritto societario e diritto delle procedure d'insolvenza nella prospettiva europea.- 4. Il "diritto societario della ripresa".- 5. Alcune linee di tendenza: indebolimento del ruolo del capitale, attenuazione del principio capitalistico-plutocratico, semplificazione e riduzione di costi e di controlli.- 6. Diritto societario *quo vadis?*

1. Un nuovo diritto societario?

Nel titolo della mia relazione si fa riferimento al "nuovo" diritto societario. Mi sono chiesto subito se parlare di nuovo diritto societario equivale a dire che quello uscito dalla così detta riforma organica è già vecchio. Forse sì, se è vero che si sente il bisogno di un nuovo diritto societario; anzi, non solo se ne sente il bisogno, ma già se ne parla apertamente, e se ne parla, se colgo bene il senso del titolo, de *iure condito* e non solo de *iure condendo*, quindi alludendo a innovazioni già prodottesi e non solo a innovazioni da progettare e realizzare.

Tuttavia, parlare di un nuovo diritto societario dovrebbe significare che si allude non a ritocchi o aggiustamenti di contorno, ma al subentrare di un *sistema di regole* nuovo, fondato quindi su basi e principi significativamente diversi da quelli ispiratori della riforma del 2004; e francamente non so se un fenomeno del genere possa dirsi realizzato nel caso del nostro diritto societario. Forse è ancora troppo presto per chiederselo, o forse è giusto iniziare a chiederselo anche se è troppo presto per dare una risposta attendibile; del resto, quando ci si chiede, come ci si è chiesti, "Capitale, *quo vadis?*" o "Principio capitalistico, *quo vadis?*", è appunto questo che si sta facendo.

Quindi, dovendo parlare oggi del nuovo diritto societario, inevitabilmente anch'io dovrò pormi una domanda di questo tipo (e proverò a farlo in una fase più avanzata della relazione); dovrò chiedermi, cioè, se gli interventi legislativi degli ultimi anni abbiano determinato o stiano determinando, magari non quale esito di un disegno consapevole ma per effetto del combinarsi di più innovazioni più o meno convergenti, il superamento di interi istituti intorno ai quali ruotava il nostro diritto societario e forse ora non ruota più o fra poco non ruoterà più.

Prima di entrare nel vivo del discorso non posso fare a meno di rimarcare ancora una volta lo scadimento ormai davvero insostenibile della qualità della nostra

* Il testo riproduce, con pochi adattamenti formali, la relazione svolta al Convegno su "I modelli di impresa societaria tra tradizione e innovazione nel contesto europeo" (Courmayeur, 18-19 settembre 2015).

produzione normativa. Da questo punto di vista, purtroppo, il nuovo diritto societario non è diverso da quello che l'ha preceduto e da tutta la legislazione degli ultimi anni, denotando evidenti trascuratezze e una tecnica scadentissima, in un affastellarsi disordinato di norme mal scritte e mal coordinate fra loro.

So di dire una cosa particolarmente banale, ma per favorire la ripresa o l'uscita dalla crisi è intuitivo che occorrerebbe per prima cosa (lo dico nel modo più brutale) *scrivere le norme decentemente*; viceversa, da noi di questo non ci si preoccupa affatto, come se la cattiva legislazione non producesse costi e guasti di enorme portata. E come se la tanto decantata concorrenza fra ordinamenti si facesse solo *sui contenuti* e non anche *sulla qualità* delle norme, mentre è chiaro che la cattiva qualità genera incertezza sui contenuti, con conseguente dissuasione dall'utilizzo degli istituti che si vanno introducendo o regolando, e, in caso di loro utilizzo, con incremento del contenzioso; un contenzioso che poi la nostra giustizia civile, come sappiamo, è tutt'altro che sollecita nel risolvere.

Insomma, si parla tanto di "buona scuola", "buona università", "buona giustizia" e via dicendo, ma non ci si rende conto che, senza una *buona legislazione*, tutti questi obiettivi non saranno mai raggiunti e si resterà sul terreno degli *slogan* finì a se stessi.

2. Il così detto diritto societario della crisi fra specialità e autonomia.

Seguendo il filo della relazione scritta dovrei ora, per prima cosa, prendere in considerazione tutta una serie di interventi che abbiamo avuto negli ultimi anni sulla legge fallimentare e che, attraverso un percorso normativo non certo lineare, ma anzi alquanto frastagliato e forse non ancora concluso, hanno riscritto in sostanza una sorta di statuto del finanziamento delle imprese in crisi, con l'obiettivo di favorire il buon esito di soluzioni negoziali delle crisi.

Gli addetti ai lavori hanno già in mente gli artt. 182 *quater*, *quinquies* e *sexies* della legge fallimentare nelle parti in cui hanno introdotto norme derogatorie rispetto al diritto societario comune in materia di finanziamento soci (182 *quater* e forse, pur non considerando esplicitamente la fattispecie, 182 *quinquies*), riduzione del capitale, azzeramento del capitale e causa di scioglimento conseguente (182 *sexies*).

L'analisi di queste norme è sicuramente importante e, a dire il vero, è stata la parte della relazione sulla quale mi sono affaticato maggiormente, salvo poi rendermi conto che si presta pochissimo all'esposizione orale. Il fatto è che le nostre leggi ormai *non si interpretano, si decifrano* (o meglio, si cerca di decifrarle), e per far questo è tutto un andare dal comma *bis* dell'articolo *ter* alla modifica introdotta e poi sostituita...; un lavoro che è già difficile seguire avendo le norme sott'occhio, pressoché impossibile per il semplice ascoltatore. Anche per questo motivo, quindi, dovendo anche per ragioni di tempo tagliare qualcosa, ho tagliato tutta questa parte.

Nelle pagine della relazione che prima o poi verranno alla luce come testo scritto, per chi fosse eventualmente interessato, si incontra spesso, nella parte cui accennavo, l'espressione "diritto societario della crisi", che io adopero in senso puramente descrittivo, ma che invece viene frequentemente utilizzata per designare un sistema di norme *autonomo e tendenzialmente autosufficiente*; tale, in particolare, da esigere che eventuali lacune degli enunciati normativi siano colmate al suo interno e non ricorrendo all'applicazione di norme ad esso estranee, quali quelle del diritto societario o fallimentare. A ciò si è contrapposta la tesi di chi, negando la fondatezza di questa costruzione, è pervenuto a soluzioni diverse e talvolta opposte.

La discussione mi ha richiamato alla mente il dibattito aperto da Natalino Irti qualche decennio fa – ma la cui attualità non mi pare venuta meno nei suoi termini di fondo – sulla cosiddetta “età della decodificazione”. Non ho qui la possibilità di dedicare alla questione il tempo che essa meriterebbe. Dico solo che l'estensione a fattispecie non regolate – o non regolate esplicitamente – di alcune norme speciali (tratte cioè da un microsistema, se vogliamo utilizzare questa terminologia, invece che dal sistema generale) è una soluzione alla quale credo che si possa giungere anche senza invocare una supposta autonomia o specialità in senso forte del microsistema. Perché è vero che la norma speciale riduce il campo di applicazione della norma generale, sicché, ove non possa applicarsi la prima, si riepande la sfera applicativa della seconda, però la norma speciale, al pari di quella generale, è suscettibile *non solo di applicazione diretta ma anche di applicazione analogica*, sempre che, naturalmente, ne sussistano i presupposti; il che apre comunque la strada alla cosiddetta *autointegrazione*.

In questo senso, dunque, non mi pare necessario pensare al diritto societario della crisi in termini di marcata contrapposizione rispetto al diritto societario comune, essendo perfettamente logico che la gestione dell'impresa segua regole diverse a seconda del diverso momento che l'impresa sta attraversando; circostanza che, secondo me, legittima ipotesi di autointegrazione senza peraltro escludere che, residualmente, il microsistema vada a integrarsi nel sistema generale.

Aggiungo comunque che la diversità fra le due costruzioni probabilmente è frutto delle diverse sensibilità degli interpreti e forse di un diverso modo di intendere le nozioni di autonomia e di specialità, più che di effettive divergenze sostanziali, com'è dimostrato dal fatto che le conclusioni di merito dei due orientamenti – quello del diritto societario della crisi e quello che ho appena prospettato, che risolve i problemi in termini di specialità – spesso coincidono, come emerge dalla parte di relazione che ho ommesso.

3. Diritto societario e diritto delle procedure d'insolvenza nella prospettiva europea.

Il diritto societario, nuovo o vecchio che sia, ha da tempo una forte connotazione

europea, come ha ricordato anche Paolo Montalenti poc'anzi e come emerge già dal titolo del nostro convegno. Di questa connotazione voglio ora tenere conto per un profilo particolare relativo alla crisi dell'impresa e quindi anche dell'impresa societaria.

Mi riferisco al regolamento sulle procedure di insolvenza recentemente approvato, che, in relazione alle procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere, affida l'individuazione della competenza giurisdizionale e della legge applicabile al criterio degli interessi principali del debitore; una scelta in astratto senz'altro ragionevole, ma che non coincide con quella concernente l'individuazione del diritto societario applicabile, ai cui fini, come sappiamo, rileva l'ordinamento ai sensi del quale l'ente è stato costituito, perché entra in gioco la libertà di stabilimento così come intesa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (giurisprudenza che alcuni reputano alquanto creativa, ma è un discorso nel quale non possiamo entrare ora). Quindi: da una parte il criterio della *sede reale* per selezionare la disciplina delle procedure di insolvenza, dall'altra il criterio dell'*incorporazione* per selezionare il diritto societario applicabile.

Ora, al di là della preferibilità dell'uno o dell'altro criterio e della possibilità di reprimerne l'utilizzo eventualmente strumentale, a mio avviso c'è da chiedersi se sia ragionevole e razionale *la loro diversità*; e personalmente sarei portato a rispondere negativamente. Mi pare infatti che l'adozione di due criteri diversi, consentendo di scegliere il diritto societario di uno Stato e il diritto concorsuale di un altro, per un verso incentivi fenomeni di *forum shopping* con finalità elusive, per un altro dia luogo a enormi incertezze applicative.

Sotto il primo profilo, è chiaro che la libertà di manovra al fine di operazioni più o meno fraudolente sarebbe molto minore se, fatta una determinata scelta in ordine al luogo dell'incorporazione oppure al luogo della sede reale, da questa scelta dipendesse la selezione sia della *lex concursus* sia della *lex societatis*, escludendo la possibilità di combinazioni che assicurino al debitore su entrambi i fronti il regime a lui più favorevole.

Sotto il secondo profilo, credo sia a tutti evidente la difficoltà di etichettare una determinata disposizione (pensiamo, in particolare, a quelle del così detto diritto societario della crisi) come societaria o come concorsuale. Ciò almeno se si esclude, come io sono convinto si debba escludere, che l'appartenenza di una regola all'uno o all'altro sistema dipenda dalla formale collocazione di quella regola e dell'enunciato che lo esprime in un corpo di norme piuttosto che in un altro. Perché la collocazione di una regola può ben variare da un ordinamento all'altro, o anche all'interno dello stesso ordinamento, senza che mutino il contenuto e la natura delle disposizioni di cui si tratta. Basti pensare alla disciplina della postergazione del finanziamento soci, da noi topograficamente inserita nel diritto societario e in Germania collocata da qualche anno in ambito concorsuale.

La stessa regola, insomma, può essere inserita indifferentemente (penso ora al

nostro sistema) nel codice civile o nella legge fallimentare, ma è *dal suo contenuto precettivo e non dalla sua collocazione* che dovrebbe desumersene la natura al fine di individuare la legge applicabile; con tutte le difficoltà che valutazioni del genere comportano. Ad esempio, è di diritto societario la disciplina dei finanziamenti contenuta nell'art. 2467 c.c.? In caso affermativo, ciò vale anche per il precetto secondo cui il rimborso avvenuto nell'anno anteriore al fallimento deve essere restituito? Ed è di diritto societario o concorsuale la disciplina derogatoria di questi precetti? E cambierebbe qualcosa, se questa disciplina derogatoria fosse inserita nel codice civile, magari come ultimo comma dell'art. 2467?

Di tutto ciò il regolamento comunitario ha probabilmente avuto percezione e forse ha voluto tener conto enunciando il principio secondo cui "non si dovrebbero considerare disciplinate dalla norme in materia di insolvenza le procedure che sono disciplinate dal diritto societario generale non destinato esclusivamente alle situazioni di insolvenza" (così si legge nel 16° *Considerando*). Ora, anche al di là della difficoltà interpretativa, mi pare che questo principio non sia idoneo a risolvere i problemi applicativi che possono presentarsi per via della stretta, talvolta strettissima connessione fra regole societarie e regole concorsuali; connessione che rende non di rado opinabilissima, oltre che spesso arbitraria, la loro riconduzione all'uno piuttosto che all'altro sistema.

Ne risulta una situazione assai scomoda soprattutto per i creditori, che spesso sono imprenditori come quelli in crisi con cui hanno a che fare, se non altro per l'estrema incertezza sulla disciplina che regolerà le loro posizioni in caso di insolvenza; incertezza che certo non incoraggia gli scambi con imprese che presentino profili transfrontalieri. Sicché, in definitiva, non mi pare che l'assetto normativo che ho descritto sia coerente con gli obiettivi comunitari di creazione di un mercato interno e di garanzia del suo corretto funzionamento.

4. Il "diritto societario della ripresa"

Dovrei ora occuparmi di quello che nella relazione ho chiamato, del tutto stipulativamente, "diritto societario della ripresa", alludendo a quella serie di interventi volti a introdurre regole societarie che dovrebbero in qualche modo favorire la ripresa complessiva dell'economia.

Il discorso dovrebbe così toccare le discipline concernenti le *start-up* innovative, le piccole e medie imprese innovative, le s.r.l. semplificate o comunque a capitale ribassato e, uscendo dal terreno strettamente societario, tutti i temi affrontati nelle relazioni che seguono, nonché, sul versante europeo, le tipologie societarie alle quali sono dedicate le relazioni della sessione pomeridiana del nostro convegno.

Ora, a dire il vero, l'idea che la ripresa economica sia in qualche modo favorita dalla diffusione di società dotate di un capitale meramente simbolico, come altri hanno

già osservato, fa sorridere, non solo perché senza capitali l'impresa può anche nascere ma non può operare (e infatti la percentuale di queste società che sono inattive o che non hanno nessun dipendente è elevatissima), ma anche perché moltiplicare le imprese la cui responsabilità è limitata a un patrimonio inconsistente, senza alcuna reale garanzia per i terzi, significa scaricare su questi (che sono spesso anche loro imprenditori) il rischio d'impresa e quindi, in sostanza, far pagare ai secondi il rischio da cui si esentano i primi. Comunque, per ragioni di tempo, inserisco un *omissis* anche su questa parte della relazione e passo a delle considerazioni d'insieme per evidenziare alcune linee evolutive che nel testo scritto dovrebbero scaturire dall'analisi che ivi è contenuta, mentre qui soffrono di una certa apoditticità che vi prego di scusare.

5. Alcune linee di tendenza: indebolimento del ruolo del capitale, attenuazione del principio capitalistico-plutocratico, semplificazione e riduzione di costi e di controlli.

La prima linea di tendenza sicuramente percepibile (come del resto può facilmente intuirsi) è costituita dall'*attenuazione della centralità del ruolo del capitale* nel sistema di protezione degli interessi dei creditori; tema notissimo, che si inserisce in un dibattito ormai anche da noi più che decennale nel quale naturalmente non posso entrare in questa sede.

Mi limito a sottolineare che – sia nel diritto societario della crisi, sia in quello che ho chiamato diritto societario della ripresa – sono presenti ulteriori tasselli di un processo normativo complessivamente orientato nel senso dell'attenuazione della rilevanza e della rigidità del sistema di capitale. Basti pensare che l'abbassamento sino a valori simbolici della soglia minima del capitale ritarda l'attivazione del cosiddetto meccanismo "ricapitalizza o liquida" e che l'operare di quel meccanismo è ulteriormente differito per le *start-up* innovative ed è sospeso per le società in crisi che attivino meccanismi di soluzione negoziale della stessa, tanto da indurre a prospettare il superamento dell'alternativa secca "ricapitalizza o liquida" a beneficio di quella, meno drastica, "risana, ricapitalizza o liquida".

Ulteriori spinte in questa direzione potrebbero venire dalla per ora progettata introduzione della *societas unius personae*, con capitale minimo di un euro, nessuna imposizione di una riserva legale e distribuzioni ai soci subordinate al superamento di requisiti di bilancio e dichiarazioni di solvibilità da parte degli amministratori.

In definitiva, credo che da questo punto di vista non si possa parlare di un tramonto dell'impianto normativo basato sul capitale ma certo, almeno in questo momento storico, di una fase discendente della sua parabola.

Lo stesso può forse dirsi, allargando lo sguardo ad altre innovazioni legislative, a proposito del cosiddetto *principio capitalistico-plutocratico*, che vuole o vorrebbe il potere proporzionalmente correlato al rischio. Già l'attuazione della direttiva sui diritti degli azionisti, con l'introduzione del meccanismo della *record date*, aveva sicuramente messo

in discussione quel principio, ma è stato poi il cosiddetto “decreto crescita” dello scorso anno, con l'introduzione delle azioni a voto maggiorato e soprattutto di quelle a voto plurimo – il cui utilizzo può determinare un drastico abbassamento della soglia del controllo e quindi lo spostamento del punto di equilibrio fra potere e rischio – a determinare un ulteriore passo in quella direzione, consentendo di ottenere maggior potere con minori rischi.

La terza linea di tendenza, a mio avviso, è quella che mira alla *semplificazione* e alla *riduzione dei costi amministrativi*, obiettivi in nome dei quali si registra con grande frequenza, nel panorama normativo degli ultimi anni, la svalutazione di requisiti di forma e di controlli fino a poco tempo prima ritenuti irrinunciabili.

Ora, il giudizio su operazioni del genere, a mio avviso, non può che essere dato caso per caso, attraverso una valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, dunque non solo di quelli protetti ma anche di quelli sacrificati dalla norma semplificatrice. Qui posso solo esprimere la sensazione, o il timore, che talvolta sull'altare della semplificazione vengano immolate istanze di tutela e di garanzia dei terzi e del mercato che forse avrebbero meritato, almeno in qualche occasione, maggiore considerazione e migliore sorte.

Ma, al di là di questo, quello che più è anomalo, a mio avviso, è che in più di un'occasione la strada della semplificazione non è stata percorsa con convinzione e sino in fondo, affrancando cioè il perfezionamento di una determinata fattispecie da controlli e oneri formali ritenuti, evidentemente, non più necessari. L'anomalia sta nel fatto che i controlli e gli oneri vengono mantenuti (il che può far pensare che la loro superfluità non sia poi così sicura), ma si consente agli interessati di sottrarsene.

Tornando un po' indietro nel tempo, questo è successo, di fatto, a proposito della cessione di quote di s.r.l., che, se fatta in forma digitale, è dispensata dall'onere dell'autentica della sottoscrizione; onere che invece permane, a questo punto inspiegabilmente, ove l'atto sia perfezionato altrimenti. Si creano così i presupposti perché si abbiano acquisti più o meno sicuri a seconda della strada prescelta, con possibili ripercussioni anche sui terzi subacquirenti, magari ignari di questo doppio regime circolatorio. E tutto questo come se nella circolazione delle quote non fossero coinvolti anche interessi che vanno al di là di quelli delle parti; interessi in nome dei quali, fra l'altro, la riforma societaria ha affidato all'iscrizione nel registro delle imprese, sia pure con la discutibile complicazione dell'elemento della buona fede, la soluzione dei conflitti circolatori.

Analogo discorso si può fare, *mutatis mutandis*, riguardo alla disciplina dei conferimenti in natura nelle s.p.a. introdotta nel 2008. Anche qui si riscontrano un regime più severo, che continua a imporre la relazione giurata di stima con tutti i crismi, e un regime più blando, che si accontenta di una perizia fatta con minori cautele e assistita da minori garanzie. Già sul piano logico è strano che sia possibile raggiungere il medesimo risultato, cioè la stima di un bene con effetti sull'imputazione a capitale,

attraverso una procedura più rigorosa ed una meno rigorosa; ancora più strano, poi, è che la scelta fra l'una e l'altra sia rimessa, in sostanza, al socio conferente, ossia a colui che dovrebbe subire i rigori della disciplina ove non optasse per il regime più *soft*.

Qualcosa del genere è accaduto più recentemente per le reti di imprese, o meglio per una delle diverse tipologie di rete di imprese, quelle con attività esterna sprovviste di soggettività (io le chiamo così, ma già il fatto che ci si debba accordare su come chiamarle fa capire che razza di istituto complicato è stato messo in piedi). Queste reti – che svolgono attività con i terzi e sono dotate di fondo patrimoniale, organo comune, ecc., ma sono appunto prive di soggettività – possono costituirsi senza che sia richiesto il previo controllo di legalità e autenticità del contratto. A seguito dell'ultima delle tante, sicuramente troppe stesure succedutesi a breve distanza l'una dall'altra, infatti, il decreto-legge 5 del 2009 si accontenta dell'atto con firma digitale semplice, diversamente da quello che accade là dove la rete intenda acquistare la soggettività, nel qual caso è richiesto che l'eventuale firma digitale sia autenticata. Una diversità di trattamento in sé incongrua, a mio avviso, e di cui non si scorge alcuna plausibile ragione anche perché, per una curiosa scelta del legislatore, le reti del primo tipo, quelle cioè dichiarate prive di soggettività, al pari di quelle soggettivizzate sono dotate dell'autonomia patrimoniale perfetta. Quindi, anche qui, due risultati sostanzialmente identici che si possono raggiungere attraverso una strada più rigorosa e una meno rigorosa.

Un altro passo nella stessa direzione (che, come si è capito, è per me una direzione sbagliata) è stato compiuto nell'ambito della disciplina delle piccole e medie imprese innovative, perché il decreto-legge 3 del 2015 ha stabilito fra l'altro che l'atto costitutivo e le successive modificazioni di *start-up* innovative (che hanno la forma giuridica di società di capitali o di cooperative) sono redatti per atto pubblico *ovvero* per atto sottoscritto con le modalità previste dall'art. 24 del Codice dell'amministrazione digitale; e queste modalità sono appunto, ancora una volta, quelle della cosiddetta firma digitale semplice e non autenticata. Anche qui, dunque, al di là del merito o del demerito della semplificazione (i cui pericoli mi sembrano però abbastanza evidenti e sono sembrati evidenti, se non ricordo male, anche a Portale e Spolidoro), si riscontra un'incomprensibile alternativa fra due regimi i cui costi e benefici sono assolutamente diversi e incomparabili.

La stessa alternatività in futuro potrebbe caratterizzare anche la *societas unius personae*, posto che l'art. 14 della proposta di direttiva lascia agli Stati membri la facoltà – una semplice facoltà! – di stabilire norme per verificare l'identità del membro fondatore e di qualunque altra persona che effettui la registrazione.

6. *Diritto societario quo vadis?*

Concludo. La sensazione di fondo è che, nell'intento di favorire l'uscita dalla crisi e

l'avvio della ripresa, fra l'interesse al libero esercizio dell'attività economica e l'esigenza di protezione degli interessi più generali che quell'esercizio coinvolge, l'orientamento attuale sia decisamente quello di privilegiare il primo.

Credo di non esagerare se dico che, negli sviluppi normativi attuati o progettati negli ultimi anni, a livello italiano come a livello europeo, gli interessi dei creditori sociali e dei terzi in genere sembrano essere passati in secondo piano rispetto a quello di favorire comunque la costituzione di nuove imprese e il loro mantenimento in vita.

Il tutto, per di più, senza che si colga sempre una logica precisa e una coerente visione d'insieme, qualche volta inseguendo mode, altre volte cimentandosi in una concorrenza al ribasso, altre volte ancora dettando o progettando regole non bene in sintonia con le enunciazioni di principio cui dovrebbero ispirarsi (mi riferisco anche al testo provvisorio della direttiva relativa all'impegno dei soci di lungo periodo e alla trasparenza, che Francesco Denozza ha di recente criticato per l'ambiguità e le oscillazioni che lo caratterizzano).

Così, se abbiamo iniziato col domandarci "Capitale, *quo vadis?*" o "Principio capitalistico, *quo vadis?*", non vorrei che dovessimo presto chiederci: "Diritto societario, *quo vadis?*". E non vorrei che questa domanda esprimesse non tanto l'incertezza sulla direzione intrapresa quanto, più pessimisticamente, la sconsolata consapevolezza della mancanza di una direzione precisa.

SOGGETTIVITÀ GIURIDICA E AUTONOMIA PATRIMONIALE NEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO.

GIUSEPPE FERRI JR

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema originario. – 3. Il sistema attuale. – 4. (segue): la questione della soggettività giuridica. – 5. (segue): autonomia patrimoniale e incapacienza.

1. Premessa.

Le brevi riflessioni che seguiranno muovono dalla convinzione che, al fine di comprendere il ruolo sistematico, e la configurazione concettuale, che caratterizzano la figura dei fondi comuni di investimento, non possa farsi a meno di considerare la loro attuale disciplina come l'esito di una evoluzione che, per quanto sviluppatasi in un arco temporale relativamente breve, appare contrassegnata da una forte soluzione di continuità: in questa sede, si tenterà, pertanto, da un lato, di tratteggiare le linee di fondo di tale evoluzione, e, dall'altro, non tanto di inquadrare, e men che meno di risolvere, i problemi applicativi che i temi evocati dal titolo della relazione sollevano, quanto piuttosto, e soltanto, di dar conto delle ragioni del loro stesso sorgere.

2. Il sistema originario.

Come si anticipava, la storia normativa dei fondi comuni di investimento appare caratterizzata da una profonda cesura, che consente di scandirla, ovviamente a grandi linee, in due diversi periodi: nel primo, che risale alla legge 23 marzo 1983, n. 77 (il cui articolo 3 disponeva, al comma 2, che il “fondo comune costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione”, precisando che sul fondo medesimo “non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente” e che “le azioni dei creditori dei singoli partecipanti sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi”), ed abbraccia, oltre alle modificazioni, sul punto in vero marginali (come quella volta a definire il fondo come patrimonio “autonomo”, prima ancora che “distinto a tutti gli effetti” da quelli della società e dei partecipanti), se non addirittura meramente lessicali ad essa apportate ad opera del D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 83, anche la versione originaria del comma 6 dell'art. 36 T.U.F. (nel quale era stato trasfuso, con talune varianti ai nostri fini, salvo il riferimento al comparto del fondo, non particolarmente significative, come ad esempio la puntualizzazione che il fondo risultava sottratto anche alle azioni dei creditori del depositario), il fondo comune rappresentava infatti unicamente un *complesso di beni*, cioè di *elementi attivi*; nel secondo, che prende avvio dalle innovazioni introdotte a quest'ultima norma dal D. L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. N. 1 nella legge 30 luglio 2010, n. 122, e, ancor più decisamente, dal D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 44, esso assume invece anche la configurazione, che tuttora presenta, di vera e propria *massa patrimoniale autonoma*, alla quale cioè riferire *elementi non soltanto attivi*, ma *anche passivi*: si è infatti previsto, con il primo dei due provvedimenti

citati, e con espressione particolarmente sfuggente, che “delle obbligazioni contratte per suo conto il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio”, mentre con il secondo la disposizione è stata riformulata nel senso che “delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo”.

Più precisamente, nel sistema originario il fondo comune indicava un complesso di elementi attivi, unificati alla luce del ruolo, ad essi appunto comune, di *oggetto* di un (o, meglio, del medesimo) *potere di gestione*, e, proprio in quanto tale, *distinto* tanto dal patrimonio della società di gestione, in applicazione del principio generale dettato dall’art. 1707 cod. civ. a proposito del mandato, ma riferibile ad ogni ipotesi di gestione (al pari delle altre norme del codice civile che si avrà modo di richiamare), quanto dal patrimonio dei partecipanti, questa volta in forza della configurazione delle quote di partecipazione al fondo in termini di beni di secondo grado: ciò nel senso che i beni che componevano il fondo comune dovevano ritenersi integralmente sottratti al potere esecutivo tanto dei creditori sociali, quanto dei creditori personali, come pure di quelli del depositario.

In quel sistema, dunque, se la rilevanza meramente oggettiva del fondo comune (che in vero emergeva come complesso di beni assoggettato al potere di gestione della società e sottratto al potere esecutivo dei creditori), e cioè, in buona sostanza, la mancanza di una sua soggettività, impediva, *logicamente*, di individuare una categoria di creditori “propri” del fondo, l’integrale immunità di quest’ultimo dalle azioni esecutive di tutti i creditori sociali, tra i quali dovevano essere compresi anche i titolari di crediti sorti nel corso dello svolgimento della gestione, e cioè nell’esercizio del relativo potere da parte della società, escludeva, questa volta *normativamente*, la possibilità stessa di distinguere siffatti creditori dagli altri creditori sociali: ed in vero la garanzia patrimoniale tanto dei primi quanto dei secondi era la stessa, quella cioè costituita dall’intero patrimonio sociale, al netto ovviamente del fondo comune, o, meglio, dal restante patrimonio sociale, sul quale entrambi concorrevano in termini reciprocamente paritetici.

L’indistinguibilità dei titolari di crediti corrispondenti ad obbligazioni assunte dalla società (pur sempre in nome proprio, ma) “per conto”, vale a dire nell’interesse, del fondo, o, meglio, dei partecipanti al medesimo, rispetto agli altri creditori sociali, si noti, non valeva tuttavia a precludere la possibilità di riconoscere pur sempre ai relativi crediti, e dunque ai corrispondenti obblighi della società, una qualche rilevanza, per quanto meramente contabile ed interna al rapporto di gestione: essi, infatti, rappresentavano altrettanti costi, o spese, destinati, ai sensi dell’art. 1720 cod. civ., a gravare, economicamente, sui partecipanti, o, meglio, sul valore delle relative quote, ma, si noti, solo nei limiti del valore da costoro originariamente investito; l’originario investimento valeva infatti a definire lo stesso interesse oggetto di gestione: con la conseguenza che le spese che superavano tale valore, e proprio in quanto eccedenti (anche) rispetto all’interesse affidato in gestione dai partecipanti alla società, dovevano restare a carico di quest’ultima, in applicazione del principio ricavabile dall’art. 1711 cod. civ.

3. *Il sistema attuale.*

La seconda fase dell'evoluzione della configurazione normativa dei fondi comuni di investimento si caratterizza per la *rilevanza esterna* riconosciuta alle passività del fondo: una circostanza, questa, a sua volta riconducibile a ragioni essenzialmente economiche, prima ancora che giuridiche. Se all'origine, infatti, l'attività di gestione, risolvendosi nella compravendita di titoli, e cioè in scambi tendenzialmente contestuali, non implicava, di regola, il sorgere di debiti (in capo alla società), con il tempo si è, invece, assistito ad un sensibile arricchimento e ad una profonda diversificazione tipologica delle forme di gestione, che ha reso indispensabile l'assunzione, da parte della società, di obbligazioni per conto del fondo, se non addirittura il ricorso alla leva finanziaria: si pensi alla progressiva emersione, tra gli oggetti di negoziazione, degli strumenti finanziari derivati, all'estensione dell'attività di gestione all'acquisizione di pacchetti di controllo (ed è il caso dei fondi di *private equity*), con la conseguente esposizione alla responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ., e, soprattutto, all'amministrazione di immobili che connota i fondi appunto immobiliari.

A fronte di tali modificazioni, la legge è intervenuta, sul piano della *fattispecie*, individuando, rispetto ai creditori sociali "generali", la categoria dei creditori "per conto" del fondo, e, su quello della *disciplina*, ravvisando nel fondo comune la garanzia esclusiva delle pretese di tale classe di creditori: i quali, mentre nel sistema originario concorrevano con tutti i creditori sociali sul restante patrimonio sociale, adesso possono agire unicamente sul fondo, ma senza subire il concorso degli altri creditori sociali, a tutto vantaggio di questi ultimi e, indirettamente, dei soci della società.

In un sistema siffatto, il fondo comune di investimento, da complesso di beni che era, è divenuto una *massa patrimoniale autonoma*, destinata cioè alla garanzia di una classe di creditori: e dunque per così dire dotata, oltre che di un attivo, di un passivo; così come, e parallelamente, i *partecipanti* al fondo, ai quali un tempo spettava, in via esclusiva, l'intero valore del fondo, sono attualmente titolari di una mera pretesa *residuale*, avente cioè ad oggetto il suo valore netto, quello cioè che eccede l'importo delle relative passività: ed è appunto al "residuo netto" che l'art. 57, comma 3-*bis*, T.U.F. commisura, ed anzi circoscrive, il diritto loro spettante all'esito della liquidazione del fondo.

4. (segue): *la questione della soggettività giuridica.*

A sua volta, la configurazione in termini di massa patrimoniale autonoma che il fondo comune di investimento è venuto in tal modo per assumere da un lato ha contribuito a rilanciare la questione della possibilità di riconoscere al fondo comune una *soggettività giuridica*, mentre dall'altro ha sollevato il problema, del tutto inedito, della disciplina applicabile nell'eventualità, anch'essa inedita, della sua *incapienza*.

La prima questione si ricollega non soltanto alla secolare ed inveterata tendenza a soggettivizzare ogni forma di autonomia patrimoniale, e, prima ancora, nonostante l'autorevolissimo insegnamento di Gustavo Bonelli, a riservare la qualificazione in termini di

patrimonio, e poi di patrimonio autonomo, alle masse patrimoniali, ma anche a talune ambiguità che caratterizzano il tenore letterale di alcune disposizioni normative.

Particolarmente eloquente risulta il confronto, tutto interno al comma 1 dell'art. 1 T.U.F., tra le *definizioni* di *fondo comune di investimento* e di *organismo collettivo del risparmio* (Oicr) di cui alle lett. j e, rispettivamente, k, dalla quale non è chiaro se il fondo *sia* esso stesso un patrimonio o piuttosto non *abbia* un proprio patrimonio: la legge, infatti, dopo aver individuato nel fondo comune una “specie” di Oicr, ed in particolare quella costituita “*in forma di patrimonio*”, lasciando dunque intendere che la sua rilevanza si esaurisca nella dimensione schiettamente *oggettiva* del patrimonio, definisce poi il “genere” di riferimento, l'Oicr appunto, in termini di “organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, *il cui patrimonio* è raccolto tra una pluralità di investitori”, e dunque di struttura, allora *soggettiva*, dotata di un patrimonio.

A chiarire che, anche nel sistema attuale, il fondo comune di investimento continui pur sempre a rilevare, come in quello anteriore, in termini di oggetto, e non di soggetto, è tuttavia la stessa legge, che, all'art. 36 T.U.F., non solo, al comma 1, mostra di considerare il fondo come oggetto di gestione (oltre che di possibile cessione: e v. l'art. 57, comma 3-*bis*, T.U.F.), ma, al comma 6, ribadisce che esso “costituisce un patrimonio autonomo”: ed è proprio questa, del resto, l'impostazione accolta dalla stessa giurisprudenza di legittimità (a partire da Cass. 15 luglio 2010, n. 16605).

In altri termini, il fondo comune, e proprio in quanto sprovvisto di soggettività giuridica, risulta inidoneo ad assumere la posizione di titolare di situazioni giuridiche soggettive, tanto attive quanto passive: quella di gestione è infatti una attività svolta dalla società bensì *per conto del fondo*, e cioè nell'interesse dei suoi partecipanti, ma pur sempre *in nome proprio*, con la conseguenza che la titolarità tanto dei diritti acquistati, quanto degli obblighi assunti (come pure della relativa responsabilità) nel corso della gestione deve riferirsi, in via esclusiva, alla medesima società; lo dimostra, ancora una volta, l'art. 36, comma 6, T.U.F., nella parte in cui, al fine di individuare le obbligazioni da esso garantite, non solo si riferisce a quelle “contratte” (ma sarebbe stato meglio dire “assunte”) dalla società “per conto del fondo”, e dunque *in nome* pur sempre *proprio*: ma dispone che di esse è la società (e non il fondo, come invece avrebbe potuto far ritenere, se letteralmente intesa, la formulazione introdotta con il citato D. L. n. 78 del 2010), a rispondere, e proprio in veste di (unico) debitore, per quanto “esclusivamente con il patrimonio del fondo” (un'espressione, quest'ultima, che allora si presta ad essere intesa nel significato di patrimonio “costituito” dal fondo, non anche in quello di patrimonio ad esso “appartenente”); né, del resto, appare possibile invocare, in contrario, la circostanza che il fondo risulta comunque dotato di una denominazione (art. 37, comma 2, lett. a, T.U.F.): quest'ultima, infatti, non indica affatto il nome del fondo, come tale destinato ad essere speso dalla società come nome altrui nei confronti dei terzi, ma rappresenta un mero strumento per identificare l'interesse per conto del quale è stato posto in essere (pur sempre in nome proprio) il singolo atto di gestione e, conseguentemente, la relativa massa patrimoniale.

Più precisamente, la rilevanza del fondo comune si risolve in quella di *oggetto di poteri*: e, segnatamente, del potere di gestione spettante alla società e del potere esecutivo riconosciuto dalla legge ad una specifica classe di creditori sociali. Esso, invece, non si presta ad essere inteso in termini di oggetto di *diritti*, e cioè di situazioni giuridiche soggettive: non già per la ragione che gli elementi attivi del fondo non risultino anch'essi non solo in astratto, ma in concreto, oggetto (oltre che di poteri) di altrettanti diritti soggettivi, a partire da quello di proprietà (quasi che si trattassero di una sorta di moderne *res nullius*, se non addirittura *extra commercium*); quanto piuttosto per la circostanza che alla disciplina dei fondi comuni risulta del tutto estranea qualsiasi questione in ordine alla appartenenza dei beni che lo compongono: la quale risulterà allora bensì regolata, ma dal diritto comune, rispetto al quale il fatto di essere compresi in un fondo comune risulta in via di principio del tutto irrilevante.

5. (segue): *autonomia patrimoniale e incapacienza*.

Al pari di ogni massa patrimoniale (autonoma), e cioè di ogni complesso di elementi attivi destinato a garantire una serie di passività, anche il fondo comune può risultare incapiente, nell'eventualità, in particolare, in cui il valore delle prime risulti inferiore all'importo (dal primo del tutto indipendente, e potenzialmente illimitato) delle seconde: una eventualità, questa, come è chiaro del tutto impensabile fino a quando i fondi comuni di investimento si configuravano in termini di insieme di soli elementi attivi.

Non è, ovviamente, questa la sede per tentare una descrizione sia pure sommaria della relativa disciplina: al contrario, ci si può limitare, in primo luogo, a considerare, in via del tutto generale, che la parte del passivo, complessivamente considerato, non coperta dall'attivo è destinata, in via di principio, a restare definitivamente insoddisfatta, in coerenza con quanto si diceva in ordine alla circostanza che i creditori per conto del fondo dispongono, come loro unica ed esclusiva garanzia, dei beni che compongono il medesimo: dei relativi debiti, infatti, non può essere chiamata a rispondere né la società con il suo restante patrimonio, dal momento che, come ricordato, la sua responsabilità è limitata al medesimo fondo, come previsto dall'art. 36, comma 6, T.U.F., né, tantomeno, i partecipanti.

Tutto ciò vale ad accentuare il conflitto tra i singoli creditori per conto del fondo, nell'ipotesi in cui l'importo delle passività ad esso riferibili risulti superiore al valore delle relative attività: si tratta allora di individuare il criterio in base al quale risolvere il conflitto in esame.

Una espressa risposta a tale interrogativo, nel senso dell'applicabilità del criterio proporzionale, è fornita dalla legge soltanto in relazione all'ipotesi in cui la liquidazione del fondo, peraltro non necessariamente incapiente, rappresenta la conseguenza, alternativa alla cessione, che la legge ricollega alla sottoposizione della società di gestione alla procedura di liquidazione coatta amministrativa: al riguardo, l'art. 57, comma 3-*bis*, T.U.F. richiama espressamente, tra gli altri, l'art. 91 T.U.B., il quale, a sua volta, rinvia all'art. 111 l. fall., il quale rappresenta una delle espressioni, forse la più significativa, del criterio in esame.

Al medesimo esito sembra doversi giungere, pur nell'assenza (in vero curiosa) di una espressa disposizione, in relazione all'ipotesi, regolata dall'art. 57, comma 6-bis, T.U.F., di liquidazione del fondo insolvente: sembra possibile ricavare dal sistema, e segnatamente dagli artt. 498 e 499 cod. civ., in materia di liquidazione di eredità accettata con beneficio d'inventario, applicabili anche all'eredità giacente (art. 530, comma 2, cod. civ.), come pure dagli artt. 14 e 16 disp. att. cod. civ., in materia di liquidazione della persona giuridica, un principio generale volto ad individuare appunto in quello proporzionale il criterio chiamato a regolare la ripartizione tra i creditori (appartenenti al medesimo rango) del ricavato della liquidazione di ogni patrimonio autonomo incapiente, e dunque anche del fondo comune di investimento.

Deve invece escludersi l'applicabilità all'eventualità di "crisi" del fondo comune delle procedure concorsuali previste per l'impresa in crisi: a ciò non conduce, si noti, la mancanza di soggettività, dal momento che, a ben vedere, nemmeno il fallimento richiede la sussistenza, in veste di soggetto passivo della procedura, di un soggetto giuridico, risultando in vero a tal fine sufficiente (come dimostrano il fallimento dell'imprenditore defunto e quello della società cancellata e per ciò solo, se di capitali, estinta) l'individuazione di una massa patrimoniale autonoma (eventualmente da ricostruire); al contrario, l'autentico ostacolo che preclude l'operatività di tali discipline sembra rappresentato dalla natura non imprenditoriale, e comunque non commerciale, dell'attività di gestione del fondo (non anche, si noti, di quella, invece schiettamente imprenditoriale, di amministrazione della società di gestione): attività che, per quanto organizzata, è diretta a produrre non già, come invece l'impresa, ricchezza (e cioè nuovi beni o nuovi servizi) per il mercato, quanto piuttosto, e soltanto, guadagno per i partecipanti, prestandosi, e proprio in quanto bensì lucrativa, ma in senso solo soggettivo, e non anche oggettivo, ad essere qualificata in termini di *attività di investimento*, non in quelli di *attività di impresa*, almeno se intesa nell'accezione, tecnica, messa in luce da quella che sembra la più convincente interpretazione degli artt. 2082 e 2195 cod. civ.

Da tutto ciò deriva, a sua volta, che la crisi del fondo non pare poter assumere la forma, tipicamente commerciale, di *insolvenza*, ma solo quella, civile, di *incapienza*: risultando, per ciò solo, estranea all'ambito di applicazione delle procedure concorsuali "commerciali", ed idonea semmai ad essere sottoposta alle procedure, "civili", volte alla composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Nota bibliografica essenziale. a) opere generali: G. CASTELLANO, *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1969, 1150 ss.; G.E. COLOMBO, *Alcuni aspetti dei rapporti contrattuali relativi ai fondi di investimento mobiliare*, *ivi*, 1163 ss.; P.G. JAEGER, *Sui fondi comuni d'investimento*, *ivi*, 1113 ss.; B. LIBONATI, *Società di investimento e investment trust*, *ivi*, 1958, 277 ss. (ora in *Scritti giuridici*, Volume II, Milano, 2013, 7 ss.); ID., *Holding e investment trust*, Milano, 1959 (ora in *Opere monografiche*, Volume I, Milano, 2014, 1 ss.); b) il sistema originario: R. COSTI-L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Gastone Cottino, Vol. VIII, Padova, 2004; E. FAZZUTTI, *Profili della responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Quadrimestre*, 1984, 475 ss.; G. FERRI jr, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 25 ss.; G. GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova,

1991; F. GENTILONI SILVERI, *Gestioni collettive e individuali: responsabilità del conferente. Differenze e identità nella gestione del risparmio e nei patrimoni destinati a uno specifico affare*, Roma, 2006; F. GUERRERA, *Contratto d'investimento e rapporto di gestione (Riflessioni sulla proprietà delegata)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 685 ss.; A. LENER, *sub art. 3*, in *La legge 23 marzo 1983, n. 77. Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento*, Commentario a cura di Alberto Maffei Alberti, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1984, 381 ss., *sub art. 3*, 399 ss. (e in *Costituzione e gestione dei fondi comuni*, in *Foro It.*, 1985, V, 177 ss.); M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010; M. MIOLA-F. BRIOLINI, in *Testo Unico della Finanza (d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58)*, Commentario diretto da G.F. Campobasso, I, *Intermediari e mercati*, Torino, 2002, *sub art. 36*, 314 ss.; ò) il sistema attuale: S. BONFATTI, *La disciplina particolare della liquidazione coatta amministrativa delle SGR. La liquidazione giudiziale del fondo insolvente*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2013; P. CARRIÈRE, *La "crisi" dei fondi comuni di investimento: tra autonomia patrimoniale e soggettività*, in *RDS*, 2014, 256 ss.; ID., *Fondi comuni di investimento tra liquidazione giudiziale e soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2014, 617 ss.; S. CICCHINELLI, *Debito e responsabilità nella disciplina sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 579 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. soc.*, 2012, 751 ss.; F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, nota a Cass., 15 luglio 2010, n. 16605, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2011, II, 423 ss.; V. OCCORSIO, *L'incapienza dei fondi comuni di investimento nella nuova disciplina del t.u.f.*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 613 ss.