

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI
ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO
VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
P A D O V A

STEFANO DELLE MONACHE
Prof. ord. dell'Università di Padova

« COMMERCIALIZZAZIONE » DEL DIRITTO CIVILE (E VICEVERSA) (*)

SOMMARIO: 1. Diritto « liquido », diritto « frammentato », « tavole dei valori » e significato attuale delle categorie giuridiche. — 2. Categorie giuridiche e « diritti secondi ». — 3. Il diritto commerciale come « diritto primo » (ovvero come parte del diritto privato generale). — 4. L'incomprensibile distacco tra diritto civile e diritto commerciale. — 5 *Segue*: l'esempio della rappresentanza. — 6. Necessità di un'integrazione reciproca tra diritto civile e diritto commerciale. — 7. Breve conclusione.

1. — In un recente convegno, promosso dai filosofi del diritto, questi sollecitavano a riflettere sul tema della positività delle norme giuridiche, ponendo l'interrogativo del se e del come una riscoperta del positivismo giuridico possa, nell'epoca attuale, rappresentare un argine allo svolgersi disordinato e proteiforme dell'ordinamento ⁽¹⁾.

Invitato a partecipare a quel dibattito, mi era sembrato necessario muovere da alcune considerazioni inerenti al modo in cui si connota, oggi, l'esperienza giuridica vissuta dal civilista nella realtà che lo circonda.

Questa esperienza conosce un dato, anzitutto, che merita di essere sottolineato, anche perché riguarda massivamente il diritto commerciale: alludo alla graduale affermazione delle « clausole generali » ⁽²⁾, fino al loro definitivo successo nell'evoluzione contemporanea del nostro sistema giuridico ⁽³⁾.

Com'è ben noto, si tratta, almeno *stricto sensu* e pur tenendo conto dell'estrema incertezza che il tema sconta sul piano definitorio ⁽⁴⁾, di quelle disposizioni normative — introdotte con una certa abbondanza nel codice del 1942, ma rimaste a lungo quasi del tutto neglette nella prassi applicativa del diritto

(*) Il testo rielabora e amplia la relazione presentata al Convegno dell'Associazione Civilisti Italiani « *Il diritto civile, e gli "altri"* », Roma 2-3 dicembre 2011.

⁽¹⁾ *Il Proteo dei giuristi. Positività delle norme giuridiche e argomentazione retorica*, Trento 16-17 giugno 2011.

⁽²⁾ L'intenso riflesso delle clausole generali sul diritto commerciale si coglie, ad es., nel lavoro di MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005 (da me recensito in questa *Rivista*, 2007, I, p. 136 ss.).

⁽³⁾ Cfr., già più di dieci anni orsono, ROBOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta* a cura di L. Cabella Pisu-L. Nanni, Padova 1998, p. 39 ss.

⁽⁴⁾ LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *R. crit. d. priv.*, 2011, p. 345 ss.

to ⁽⁵⁾ — con cui il legislatore abbandona la tecnica della fattispecie, come descrizione di un comportamento al quale si combina una determinata conseguenza giuridica, per affidarsi invece all'indicazione di un criterio che serva al giudice per determinare la regola di condotta valevole per il caso sottoposto al suo esame ⁽⁶⁾.

Il processo di applicazione del diritto, qui, conosce un itinerario particolare, poiché il giudice non trova di fronte a sé l'enunciato espressivo della regola rilevante nel caso concreto, ma deve prima forgiare questa regola sulla scorta del criterio fornitogli dal legislatore: c'è bisogno, insomma, di un momento di « cognizione integratrice », il quale sta oltre la semplice interpretazione ⁽⁷⁾, senza che ciò minimamente significhi accogliere un concetto di quest'ultima fondato su qualche « ingenua credenza » ⁽⁸⁾.

Ne segue che, in questo campo, l'identificazione tra diritto e legge — quale antico postulato del positivismo ⁽⁹⁾ — perde ogni residua consistenza: e il primo, affidato ad una funzione creativa giurisprudenziale che, come in genere si riconosce ⁽¹⁰⁾, tende a farsi sempre più vistosa ⁽¹¹⁾, assumei connotati, per parafrasare il sociologo, di una sorta di diritto « liquido » ⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ Sulla vicenda delle clausole generali, GUARNERI, *Le clausole generali*, in ALPA - GUARNERI - MONATERI - PASCUZZI - SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino 1999, p. 128 ss. Si veda, inoltre, il quadro tracciato da RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 29 ss.

⁽⁶⁾ Si veda, per tutti, MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *R. crit. d. priv.*, 1986, p. 5 ss. ed ivi 10: « Le clausole generali... sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta ».

⁽⁷⁾ Diversamente, CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *R. crit. d. priv.*, 1986, p. 21 ss. ed ivi 22 s., secondo cui la differenza, nell'apporto dell'interprete, « è quantitativa, non di essenza ». Da ultimo, tuttavia, per il riconoscimento in capo al giudice, mediante le clausole generali (in senso stretto), di un potere discrezionale con funzione di bilanciamento degli interessi in conflitto, LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., p. 368 ss.

⁽⁸⁾ L'espressione è di GUAISTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2010, p. 396 ss., il quale segnala, in particolare, i limiti delle teorie sull'interpretazione che muovono dal presupposto secondo cui i testi normativi sarebbero dotati di un intrinseco significato oggettivo, suscettibile di essere individuato e conosciuto: laddove, al contrario, « non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi ».

⁽⁹⁾ MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VI, Torino 1990, p. 445 ss. ed ivi 446.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, ancora, LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., p. 347.

⁽¹¹⁾ Con inevitabile impatto sul metodo seguito dalla dottrina nella presentazione (prima ancora che nell'elaborazione) degli istituti: GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, in *Contratto e impr.*, 1989, p. 875 ss. ed ivi 879.

⁽¹²⁾ Il tono velatamente negativo della qualificazione non vuole affatto significare che,

Ma accanto al diritto « liquido », l'esperienza moderna conosce un ulteriore rilevante fenomeno su cui è necessario appuntare l'attenzione: intendo riferirmi a quel diritto che si presenta e può essere definito nei termini di un diritto « frammentato », perché posto attraverso tecniche normative che consistono nell'enucleare una miriade di ipotesi particolari che il legislatore vuole assoggettate ad una data disciplina.

Siamo di fronte, in questo campo, ad una legislazione per norme minuziosamente analitiche, le quali offrono l'immagine di una sorta di « burocratizzazione » del diritto. Un esempio significativo, recentemente, proviene dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette collocata all'interno del codice del consumo (artt. 18 ss.)⁽¹³⁾.

Come ho detto, la nostra epoca conosce, dunque, un processo di « liquefazione » del diritto: non più proclamato esclusivamente dalla fonte scritta, bensì rimesso, man mano, a meccanismi di formazione che, prescindendo dalla fattispecie generale e astratta, conducono a far sì che esso si identifichi con la regola del caso concreto. Ma tipico del nostro tempo, nondimeno, è il fenomeno di una legislazione sempre più settoriale e parcellizzata (il diritto « frammentato »), ispirata ad una tecnica ingenuamente protesa verso la dettatura di una disciplina normativa aderente e vicina, per un verso, ai singoli casi compresi nella materia da regolare e tanto articolata e diffusa, per altro verso, da scongiurare il pericolo di lacune⁽¹⁴⁾.

Sono manifestazioni, queste, di una chiara schizofrenia. Il giudice, infatti, è innalzato a « vate » del diritto, quando viene dato spazio alle clausole generali, mentre sembra essere considerato come garanzia insufficiente alla realizzazione degli interessi tutelati dall'ordinamento, quando la legislazione si articola in modo siffatto da lasciar intendere che il processo debba quasi rappresentare il luogo di una semplice e meccanicistica applicazione di regole puntuali già definite⁽¹⁵⁾.

con un atteggiamento che sarebbe perlomeno antistorico, si intenda qui proporre un ritorno alla ben nota ostilità da cui, in passato, le clausole generali erano circondate. Ma se è vero che esse costituiscono uno strumento che, specie nel tempo presente, consente di « evitare scarti drammatici tra diritto immobile e realtà mutevole », come di recente è stato osservato (RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in Orestano (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino 2009, p. 97 ss. ed ivi 98), non meno evidente è il fatto che il fenomeno stia sperimentando uno sviluppo a tratti ipertrofico e disordinato (RODOTÀ, *op. cit.*, p. 105: « Oggi vi sono buoni motivi per interrogarsi su un certo ipertrofismo delle clausole generali »).

⁽¹³⁾ Per una prima informazione, MINERVINI-ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano 2007; GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impianto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova 2008; DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino 2008.

⁽¹⁴⁾ Ma sul costo in termini di incertezza applicativa che si lega alle regole costruite secondo una dettagliata casistica, DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *R. crit. d. priv.*, 2011, p. 379 ss. ed ivi 383.

⁽¹⁵⁾ Si veda, a proposito del linguaggio legislativo fatto di proposizioni minuziosamente

Diritto « liquido » e diritto « frammentato », peraltro, hanno questo in comune: si tratta di due tentativi di rendere la regola giuridica il più possibile prossima al caso da disciplinare. Ma non solo, poiché anche il diritto « frammentato », determinando l'imporsi dell'esegesi rispetto alla sistematica, finisce con l'esaltare il ruolo del giudice, di cui, pure, sembrerebbe voler limitare la discrezionalità, come poc'anzi si è detto.

L'approdo di codesti fenomeni, comunque, rischia di essere un magma informe, un tessuto sfilacciato: a scapito dell'unità del sistema. E tuttavia l'unità, entrata in profonda crisi se intesa come idea che descrive il processo di sviluppo del diritto secondo un criterio di logica coerenza, che dai principi e le categorie generali consente di scendere alle singole *regulae iuris*, assume oggi nuovo significato in una prospettiva di metodo tutt'affatto diversa.

È una prospettiva, questa, che guarda alle « tavole dei valori » — non la sola Costituzione — come apparato su cui tutto il diritto si misura e a cui tutto il diritto deve conformarsi.

Le « tavole dei valori » parlano, anche e soprattutto, dei diritti inviolabili o fondamentali dell'uomo e addirittura risalgono oltre questi diritti, fino ad approdare al valore sommo, il quale di tutti gli altri è sintesi e origine prima: il valore, cioè, della dignità umana (si veda, in particolare, l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, « *ha lo stesso valore giuridico dei trattati* »)⁽¹⁶⁾.

Si innesca, così, un processo di continuo confronto dialettico tra leggi ordinarie e « tavole dei valori »: un dualismo che impone di interpretare e applicare le prime in modo funzionalizzato all'attuazione delle istanze assiologiche che dettate dalle seconde.

Ciò posto, interessa dunque osservare — come terzo aspetto di questa riflessione introduttiva — che il diritto positivo, nella misura in cui ancora si impernia e sviluppa, nelle singole proposizione normative, sul binomio fatti-specie-effetto giuridico, è un diritto rispetto al quale si fa comunque predominante, nell'ottica in esame, la « *razionalità assiologica* » di un sistema di ordine superiore costruito « per principi »⁽¹⁷⁾.

Ora, in questo scenario complessivo, uno scenario che la speculazione teorica ha contribuito a creare, anche e soprattutto attraverso i più moderni esiti della controversia sul metodo, sembra si manifestino evidenti i segnali, nondimeno, di un disorientamento della dottrina, laddove la giurisprudenza vede affermata, nel contempo, una propria sempre più marcata supremazia,

analitiche, ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano 1998, p. 320 s.

⁽¹⁶⁾ Per un quadro d'insieme relativo alle fonti che tutelano i diritti dell'uomo può rinviarsi alla raccolta curata da VINCENTI, *Codice dei diritti umani e fondamentali*, Pisa 2011.

⁽¹⁷⁾ Cfr. LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale » (appunti per una discussione)*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano 2008, p. 265 ss. ed ivi 268 s.

la quale recentemente ha trovato consacrazione nell'art. 360 *bis* c.p.c. relativo al nuovo « filtro » ai giudizi per cassazione. Una novità che forse non ha ricevuto l'attenzione che meritava ⁽¹⁸⁾.

Questo stato di cose secondo qualcuno è irreversibile. In particolare, è ben noto come il caotico dispiegarsi della produzione normativa, in un quadro contrassegnato dalla molteplicità e dispersione delle fonti, abbia ingenerato una reazione innervata di pessimismo, la quale descrive la realtà attuale come capace unicamente di essere inquadrata in una prospettiva di positivismo nichilista. Il diritto, secondo questa rappresentazione, non è ormai che una mera tecnica, indifferente ai contenuti normativi, i quali sono in continuo divenire, senza che si possa aspirare alla costruzione di un sistema di paradigmi concettuali capaci di conferire organicità alle singole norme ⁽¹⁹⁾.

A questo ripiegamento su posizioni nichiliste — le cui prime epifanie non sono rimaste inosservate presso la dottrina commercialistica ⁽²⁰⁾ — fa da contraltare il già evocato indirizzo metodologico che ritiene necessario e possibile, per contro, affidarsi ad un'impostazione con forte impronta assiologica. L'ordinamento giuridico, in questa prospettiva, non è altro che l'insieme di principi, regole e valori da cui ricavare la *ratio* utile a fondare la decisione del caso concreto. L'interpretazione è quindi ricerca delle *rationes* che questi principi, regole e valori — visti come un'unità — sono capaci di esprimere ⁽²¹⁾.

Ma esiste anche una terza via. Sembra invero che il problema del metodo non possa esaurirsi nella giusta sottolineatura dello spazio che l'interprete deve assegnare alle valutazioni valoriali e relative alla sostanza degli interessi in gioco. Quel problema, piuttosto, è compiutamente messo a fuoco solo riconoscendo il dualismo esistente tra regole normative e categorie giuridiche (o del pensiero giuridico), intese queste ultime come l'indispensabile strumentario *a priori* di cui l'interprete si avvale nello svolgimento della propria indagine.

Le categorie giuridiche salgono, bensì, dal basso, costituendo generalizzazioni ricavate dall'analisi del dato positivo: ma, compiuto questo percorso, dal dato positivo si distaccano e lo trascendono in un certo modo, riordinandosi in un sistema di concetti veicolato dalla tradizione e che il giurista apprende, fundamentalmente, attraverso gli studi universitari.

⁽¹⁸⁾ Già in passato GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 878, parlava, suggestivamente, dell'esistenza di un corpo di sub-norme, depositate nelle « massime » della Cassazione, le quali solo per finzione potrebbero considerarsi mere applicazioni del diritto proclamato dalle fonti scritte.

⁽¹⁹⁾ IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari 2004.

⁽²⁰⁾ Si veda, sul punto, D'ALESSANDRO, *Relazione di sintesi*, in *Atti del Convegno: 1882-1982, cento anni dal codice di commercio. Taormina, 4-6 novembre 1982*, Milano 1984, p. 291 ss. ed ivi 297: « Il diritto commerciale, a cent'anni dal suo testo capitale, è minacciato, a mio parere, non dall'assorbimento nel codice civile, ma dal disfacimento di quest'ultimo ».

⁽²¹⁾ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2^a ed., Napoli 2006, p. 83 ss. e 159 ss.

Le categorie, dunque, non stanno tutte dentro il dato positivo, non vivono racchiuse in esso, sicché, di fronte al divenire caotico della legislazione e al disgregarsi dell'unità delle fonti proprio dell'epoca moderna, non rimanga che dover constatare l'irriducibilità delle singole norme ad un insieme ordinato. Le categorie, piuttosto, appartengono all'interprete: sono schemi concettuali conoscitivi e con funzione ordinante della realtà giuridica.

Ciò non significa, peraltro, affermare l'esistenza di concetti giuridici costanti o addirittura perenni, disconoscendone la relatività e storicità. Piuttosto, la rispondenza delle categorie ai contenuti normativi va continuamente verificata: e se un determinato concetto, quale che sia la tradizione che lo sostiene, risulta negato o rifiutato dal testo positivo, occorrerà lasciarlo cadere.

Un sistema per nient'affatto immutabile, dunque, ma che accetta modifiche e innesti, benché sulla scorta di una prudente e controllata riflessione critica ⁽²²⁾.

Questi, in conclusione, sono i compiti primi e fondamentali — con venature quasi ieratiche — che la dottrina deve assolvere: sul piano scientifico, la custodia e l'aggiornamento del catalogo delle categorie; sul piano dell'insegnamento universitario, la trasmissione di questo patrimonio di sapere ⁽²³⁾.

2. — Un tema che ha ripreso vigore, nella letteratura più recente, è quello della distinzione tra diritto « primo » e c.d. « diritti secondi » ⁽²⁴⁾.

Questa distinzione ha a che vedere con i fenomeni che consistono nel progressivo sviluppo, dal tronco del diritto « primo » inteso come diritto di applicazione generale, di ramificazioni costituite da corpi di norme speciali che siano tanto ampi ed organici da poter assumere i tratti di un autonomo sottosistema ⁽²⁵⁾.

La problematica è risalente, essendo legata, come è chiaro, al manifestarsi di processi di diversificazione da tempo compiuti, come sono quelli che

⁽²²⁾ Sull'attitudine delle stesse clausole generali, d'altronde, a funzionare come strumento fondativo di nuove categorie dogmatiche, MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 18 s.

⁽²³⁾ Com'è chiaro, si è ben lungi, qui, dal voler proporre il manifesto di un nuovo concettualismo. Né si tratta di prendere partito tra i termini della ricorrente semplificazione che porta a contrapporre un metodo « concettualistico e deduttivo » ad uno « casistico e induttivo » (usa queste espressioni, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 885). Una semplificazione, peraltro, dotata di una forte carica suggestiva, tanto che se ne trova traccia anche negli studi dedicati alla storia del pensiero economico (accade, così, che GALBRAITH, *Storia dell'economia*, Milano 1988, trad. it. di F. Chiaia, p. 96, nel mettere a confronto Smith e Ricardo, l'uno « empirico e induttivo » l'altro « teoretico e deduttivo », concluda poi che il metodo del secondo avrebbe in seguito esercitato « una grande attrazione sugli economisti, perché riduce gli sforzi del raccogliere informazioni e, se necessario, può essere scisso dalla sgradevole o scomoda realtà »).

⁽²⁴⁾ PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit.

⁽²⁵⁾ CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., p. 5 ss.

hanno riguardato il diritto del lavoro o il diritto agrario. Essa peraltro si ripresenta, oggi, in tutto il suo interesse, atteso il proliferare, con la moderna legislazione di settore, degli ambiti cui è riservata una disciplina normativa particolare, destinata a porsi in rapporto di specialità rispetto alle regole di diritto comune: basti pensare alla disciplina dei rapporti consumeristici, alla fine raccolta, anche da noi come in altre esperienze giuridiche, in un apposito codice.

Ora, la riflessione più matura, su questi temi, è ben lungi dall'attestarsi sull'idea che i sottosistemi ruotanti attorno al diritto « primo » non svolgano alcuna influenza su quest'ultimo, essendo destinati ad accoglierne passivamente, piuttosto, le strutture logiche e a riceverne le regole operazionali, nella misura in cui vi siano delle lacune da colmare ⁽²⁶⁾. La relazione degli uni con l'altro, al contrario, è biunivoca ⁽²⁷⁾, il diritto « primo » abbisognando di essere costantemente ripensato proprio alla luce degli elementi di novità introdotti mediante i diritti « secondi » ⁽²⁸⁾.

È anche o soprattutto su queste basi che le tradizionali categorie del pensiero giuridico vanno costantemente rivisitate e affinate o addirittura, quando occorra, abbandonate, come dicevo.

I diritti « secondi », in altre parole, mettono l'interprete davanti all'urgenza di una continua opera di verifica in ordine all'adeguatezza del proprio quadro di riferimento concettuale, qual è costituito dal catalogo delle categorie intese come paradigmi con funzione conoscitiva e ordinante della realtà giuridica ⁽²⁹⁾. Il tema delle invalidità negoziali, visto nel prisma delle nuove nullità di protezione, è illuminante a questo proposito ⁽³⁰⁾.

3. — Giunti a questo punto, il contesto è maturo per introdurre l'osservazione cui si vuol dare rilievo centrale in queste pagine.

Il diritto commerciale non è affatto un diritto « secondo », ma condivide

⁽²⁶⁾ Nel senso che i diritti speciali « in realtà non costituiscono e non possono costituire altro che capitoli del diritto civile », NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. d.*, XII, Milano 1964, p. 904 ss. ed ivi 906.

⁽²⁷⁾ Cfr. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 20 ss. ed ivi 21.

⁽²⁸⁾ I diritti secondi, scrive CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 11, hanno la capacità « di mettere in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema ».

⁽²⁹⁾ Il compito del « cultore di diritto privato generale », dunque, non si esaurisce nel vigilare « sulla utilizzazione degli istituti giuridici e delle categorie dogmatiche elaborati in seno al diritto primo, nell'ambito dei diritti secondi »: piuttosto, occorre anche sceverare, in questi ultimi, « il contingente da ciò che diviene strutturale » (sono espressioni di CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice*, cit., p. 20 s. e 79).

⁽³⁰⁾ Si vedano, tra i tanti contributi in materia, GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008; PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli 2002; POLDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano 1995.

la stessa natura del diritto « primo », presentandosi come una parte del diritto privato generale: la qual cosa dovrebbe accrescerne il peso e il valore nella riflessione del civilista attorno alle proprie categorie scientifiche, ciò che invece non accade.

Ma procediamo con ordine.

Il diritto commerciale — si è detto — non è un diritto « secondo », ed è questa un'affermazione che va ovviamente giustificata.

In proposito, anche tenuto conto dell'origine storica del diritto commerciale, quale sistema di regole speciali frutto della consuetudine e dell'autonomia corporativa delle classi mercantili ⁽³¹⁾, è importante sottolineare la svolta verificatasi con l'unificazione dei due codici intorno alla metà del secolo passato ⁽³²⁾.

Com'è noto, il codice di commercio del 1882 attraeva entro la propria sfera applicativa, anzitutto, i c.d. atti di commercio intesi in senso oggettivo, quali risultavano da un apposito elenco. Ciò conduceva ad una contrapposizione degli atti « commerciali » ai corrispondenti atti « civili » (ad es., vendita commerciale e vendita civile, mandato commerciale e mandato civile), i primi essendo sottoposti ad una disciplina qualificata rispetto ai secondi: una disciplina, più precisamente, fatta di regole specifiche al singolo atto di commercio, ma anche generali per tutte le obbligazioni nascenti da atti commerciali; una disciplina, ancora, valevole per entrambe le parti del rapporto, compresa quella per cui l'atto non costituiva esercizio di attività economica ⁽³³⁾.

Il quadro era completato, poi, dagli atti di commercio intesi in senso soggettivo, cioè tali se ed in quanto posti in essere da un commerciante, ancorché diversi dagli atti oggettivi.

Su questi presupposti, non era dubitabile, come autorevolmente osservava Giorgio Oppo, « *che il diritto commerciale costituisse un corpo organico di norme, speciali ma non eccezionali, erigibili a sistema e a sistema distinto dal corpo del diritto civile anche se non del tutto autosufficiente* » ⁽³⁴⁾.

Ma le cose mutarono — e si trattò di una « svolta storica », come ebbe a dire Alberto Asquini ⁽³⁵⁾ — con l'unificazione dei due codici: non già perché, in questo modo, si sia verificato un assorbimento del diritto commerciale nel

⁽³¹⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, 3ª ed., Milano 1962, p. 1 ss.

⁽³²⁾ Una unificazione, peraltro, che segnò il distacco dal diritto commerciale del diritto della navigazione, affidato ad un codice autonomo (ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 117).

⁽³³⁾ Anche da qui la tendenza delle norme e degli istituti del diritto commerciale a porsi come norme e istituti generali nel campo delle obbligazioni e dei contratti (ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 71 ss.).

⁽³⁴⁾ OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 221 ss. ed ivi 223.

⁽³⁵⁾ Lo sottolinea G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, in *Enc. d.*, XII, Milano 1964, p. 921 ss. ed ivi 924.

diritto civile, ch e anzi i contenuti normativi derivati dal primo determinarono, nel codice del 1942, profondi mutamenti e innovazioni rispetto all'antecedente disciplina civilistica dei rapporti patrimoniali ⁽³⁶⁾; ma perché, piuttosto, il tramonto del codice di commercio signific o altresì l'abbandono del sistema oggettivo su cui esso era fondato ⁽³⁷⁾.

Nel nuovo codice, per essere più precisi, sparisce la fattispecie dell'atto di commercio, in sé considerato, come operazione anche isolata ⁽³⁸⁾, e al suo posto assume rilevanza l'esercizio in forma imprenditoriale delle attività economiche ⁽³⁹⁾. Con il che non v'è più un sistema di diritto commerciale, quale corpo organico di norme speciali relative ad un determinato complesso di rapporti giuridici: residua invece — come generalmente si ritiene — il regolamento di una mera condizione soggettiva o di uno *status*, il quale solo talvolta si riflette sulla disciplina degli atti compiuti da chi ne sia investito (si pensi, ad es., agli artt. 1330 e 1368, comma 2^o, c.c.) ⁽⁴⁰⁾.

Tutto ciò posto, è perfettamente condivisibile la conclusione che, con la loro confluenza in un testo unificato, il diritto commerciale e il diritto civile « hanno concorso a formare il diritto privato comune del codice del 1942 » ⁽⁴¹⁾.

Ma mi sembra che, proprio su queste premesse, sia dato andare oltre le comuni prospettive, quando segnalano la conservazione, nel passaggio al nuovo codice, di « una disciplina soggettiva speciale » o di uno « speciale statuto soggettivo » per l'imprenditore ⁽⁴²⁾. Pare infatti potersi dire che, realizzatasi — con quella dei codici — « l'unificazione del diritto degli atti » ⁽⁴³⁾, nonch e l'« unità delle fonti » ⁽⁴⁴⁾, il diritto commerciale abbia acquisito nella legislazione vigente un suo autonomo spazio, in realtà, quale diritto connotato in ragione del proprio oggetto: le attività economiche organizzate in forma imprenditoriale, ma intese nella loro dimensione complessiva e unitaria, non per i singoli atti in cui si traducono ⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁶⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 124. In particolare, sui passaggi di questa vicenda, ASQUINI, voce *Codice di commercio*, in *Enc. d.*, VII, Milano 1960, p. 250 ss.

⁽³⁷⁾ OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 224.

⁽³⁸⁾ G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in questa *Rivista*, 1974, I, p. 523 ss. ed ivi 540.

⁽³⁹⁾ OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 224.

⁽⁴⁰⁾ OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 225.

⁽⁴¹⁾ OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 227.

⁽⁴²⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 125 s.

⁽⁴³⁾ L'espressione è, ancora, di OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 226. Sul punto si veda anche ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 123 e 127.

⁽⁴⁴⁾ Così, in relazione all'attuale rilievo degli usi, ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 127 s.

⁽⁴⁵⁾ Nel senso che l'attuazione delle esigenze del diritto commerciale non possa prescindere da « una disciplina dell'attività, considerata come fattispecie unica », G. AULETTA,

Le classificazioni della civilistica tradizionale relative ai fatti giuridicamente rilevanti — va osservato — si sviluppano principalmente attorno alla figura dell'atto giuridico, quale paradigma generale comprensivo di comportamenti considerati in modo isolato e a loro volta suscettibili di essere variamente qualificati: atti illeciti e leciti, atti negoziali e non negoziali, partecipazioni di volontà, dichiarazioni di scienza, operazioni materiali ⁽⁴⁶⁾. Nonostante il peso della teorica relativa agli enti collettivi, quelle classificazioni, invece, non abbracciano la figura delle attività, intese come complesso coordinato di comportamenti diversi, i quali si orientano verso il conseguimento di un unico scopo ⁽⁴⁷⁾.

Il diritto commerciale si configura, precisamente, come il diritto privato generale dettato a disciplina di una particolare attività, considerata in senso complessivo e unitario, qual è l'attività economica imprenditoriale ⁽⁴⁸⁾. Ciò — beninteso — nel suo nucleo più intimo ⁽⁴⁹⁾, non potendosi sottacere, oltre tutto, la frammentazione che anch'esso sperimenta nell'epoca attuale ⁽⁵⁰⁾.

Tutto questo lascia impregiudicato il problema, segnatamente, se la presenza dell'impresa possa considerarsi come un elemento capace di condurre, sul piano dell'interpretazione e ricostruzione del sistema, a individuare — in determinati settori — unitari complessi di regole valevoli per l'imprenditore e i cui contenuti si discostino dalla disciplina comune. Lungo questa linea, ad

L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942, in *Atti del Convegno: 1882-1982, cento anni dal codice di commercio*, cit., p. 73 ss. Per la qualificazione dell'impresa come fattispecie (mentre la nozione di imprenditore « attiene... alla sfera dell'effetto »), si vedano le belle pagine di Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in questa *Rivista*, 1982, I, p. 109 ss.

⁽⁴⁶⁾ SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. d.*, IV, Milano 1959, p. 203 ss.; FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. d.*, XVI, Milano 1967, p. 941 ss.; RESCIGNO, voce *Atto giuridico — I) Dir. priv.*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, p. 1 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sul concetto di attività, come « insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso », G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. d.*, III, Milano 1958, p. 981 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr., ma nell'ottica della specialità del diritto commerciale, G. AULETTA, *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, cit., p. 81 s. Per un'impostazione fortemente radicata nell'idea che occorra distinguere il diritto civile, quale diritto privato generale, dal diritto commerciale, come complesso di norme speciali riferite all'impresa, G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 849 ss.; *Id.*, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 541 ss. Nega invece che il diritto commerciale costituisca un sistema di diritto speciale, G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 925, per il quale la specialità, qui, sta soltanto nella materia regolata.

⁽⁴⁹⁾ Nel senso che il nostro codice del 1942 abbia recepito l'idea, dovuta alla dottrina del Wieland e fatta propria da Lorenzo Mossa, che vede nell'impresa il punto focale della legislazione commercialistica, G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 530.

⁽⁵⁰⁾ Per un'efficace sottolineatura di tale aspetto, già, D'ALESSANDRO, *Relazione di sintesi*, cit., p. 300.

es., si svolge il moderno dibattito sulla fondazione della categoria dei contratti di impresa⁽⁵¹⁾ o sulla legittimità del paradigma del c.d. terzo contratto⁽⁵²⁾. Invero, nonostante le incertezze che da sempre costellano il tema⁽⁵³⁾, l'autonomia del diritto commerciale appare difficilmente negabile⁽⁵⁴⁾, così come non può essere disconosciuta la sua attitudine a svilupparsi, in misura più o meno larga, attraverso regole di natura speciale riferibili ai rapporti che mettono capo all'imprenditore⁽⁵⁵⁾. La qual cosa non significa, tuttavia, dover escludere che il diritto commerciale costituisca, al tempo stesso, una parte (seppur autonoma) del diritto privato generale⁽⁵⁶⁾.

4. — Il diritto commerciale, in conclusione, non può intendersi come un diritto « secondo » rispetto al diritto privato generale, costituendone piuttosto una parte, al pari del diritto civile, come già dicevo.

Ci sarebbe allora da attendersi che, in un'epoca segnata da una larga presa di coscienza della necessità di una rivisitazione degli istituti e delle categorie tradizionali del diritto civile alla luce del nuovo che avanza, anche il rapporto tra diritto civile e diritto commerciale — e qui, anzi, a maggior ragione, stante la loro comune appartenenza al diritto privato generale — debba svolgersi nel senso di una rinnovata attenzione reciproca.

Tanto più che la dottrina è impegnata, oggigiorno, in una complessiva rilettura degli istituti e delle categorie civilistiche anche sulla scorta di corpi normativi ancora non dotati di alcuna effettività, come sono quelli elaborati nel quadro dei numerosi tentativi di codificazione di un comune diritto privato europeo.

È invece da segnalare, a questo proposito, il paradosso di una dottrina civilistica che si protende, doverosamente, verso i diritti « secondi » e verso la

⁽⁵¹⁾ DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988, p. 1 ss.; OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 341 ss.; G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa*, cit., p. 349 ss.

⁽⁵²⁾ GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2008.

⁽⁵³⁾ G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 531 ss.

⁽⁵⁴⁾ In altro senso, CALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, 12^a ed., Bologna 2008, p. 1 ss.; FERRARA jr.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 7^a ed., Milano 1987, p. 18 ss.

⁽⁵⁵⁾ G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa*, cit., p. 856 s.

⁽⁵⁶⁾ Con un'osservazione che assume peculiare rilievo rispetto alle questioni testé accennate, sottolinea G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 537 ss., che, nonostante la scomparsa di una norma come l'art. 1 c.co., il quale veniva interpretato nel senso che l'analogia operata all'interno della legislazione commercialistica dovesse prevalere sul ricorso al diritto civile, è da considerare come un normale canone ermeneutico quello secondo cui, di fronte ad un settore della vita socio-economica che riceva una disciplina particolare, bisognerà guardare prioritariamente, in caso di lacune, ai principi espressi da questa stessa disciplina.

c.d. *soft law*, ma non si preoccupa, se non in modo modesto, del diritto commerciale. Così come, reciprocamente, il diritto commerciale appare rinserrato in se stesso e poco incline, nei suoi svolgimenti dottrinali, ad allargare i propri orizzonti verso il diritto civile ⁽⁵⁷⁾.

Questa tendenza si può dire, anzi, che si sia affermata in maniera anche più decisa a seguito della recente riforma del diritto societario, la quale, facendo più complesse le trame normative della disciplina dettata per le società di capitali, l'ha resa meno accessibile ai non specialisti, al contempo accrescendo il grado di conoscenze specifiche richieste agli specialisti, ormai sempre più versati, dunque, nello studio del solo diritto commerciale ⁽⁵⁸⁾.

Sullo sfondo sta, in ogni caso, la proposta culturale di chi propugna il ritorno ad una prospettiva attenta a coltivare l'autonomia del diritto commerciale: una « ricommercializzazione », cioè, del diritto commerciale, anche intesa come percorso di recupero delle specificità metodologiche di quest'ultimo e della sua più spiccata capacità di adattamento alle esigenze sempre mutevoli della vita economica. Ciò, sul presupposto che la vicinanza al diritto civile, con la fissità dei suoi paradigmi concettuali, rappresenti o possa rappresentare, per il commercialista, un pesante condizionamento. Istruttiva, in questo senso, sarebbe la vicenda del contratto autonomo di garanzia: impostosi nella prassi, ma difficile da accogliere nel nostro sistema, se riguardato alla luce del principio civilistico di causalità delle attribuzioni patrimoniali ⁽⁵⁹⁾.

5. — Eppure basta poco per comprendere quali spazi di riflessione si aprirebbero in conseguenza di un metodo che propugnasse l'imprescindibilità di una visione, diciamo così, « bipolare » nello studio degli argomenti di interesse comune.

Proviamo a considerare la cose con riguardo all'istituto della rappresentanza, mettendo l'elaborazione civilistica a confronto con la sistemazione della materia attuata nell'ambito del diritto commerciale, non esclusi i mutamenti determinati dalla riforma, specie in riferimento alla rappresentanza degli amministratori di società per azioni. Un confronto, questo, tanto più significativo se solo si considera che, nel quadro generale dell'agire rappresentativo, certo una parte assai cospicua è costituita, nella prassi, proprio dall'agire in rappresentanza dell'impresa nelle sue varie forme di organizzazione.

⁽⁵⁷⁾ Peraltro, sull'impegno della dottrina commercialistica, dopo l'unificazione dei codici, anche su temi di carattere generale, si veda OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., p. 235.

⁽⁵⁸⁾ D'altronde, la « frammentazione specialistica » incide all'interno della materia stessa del diritto commerciale, come notava, già trent'anni orsono, D'ALESSANDRO, *Relazione di sintesi*, cit., p. 301, acutamente rilevando che si tratta di un fenomeno il quale, per quanto riguarda i giuristi, « non nasce dall'espandersi quantitativo della scienza, « *ma da quello del suo oggetto* ».

⁽⁵⁹⁾ PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, p. 14 ss.

Orbene, gli spunti che una prospettiva del genere dischiude sono abbondanti.

Solo per indicarne alcuni, può anzitutto osservarsi — anche se la questione riguarda, propriamente, non la sola rappresentanza sociale, ma l'intero ambito della rappresentanza degli enti collettivi — come appaiano insoddisfacenti, in ultima analisi, gli esiti che si è soliti trarre sul piano della ricostruzione dogmatica del fenomeno rappresentativo, a seconda che esso si fondi sul conferimento di una procura oppure su di un rapporto di immedesimazione organica.

Secondo i postulati della c.d. *Representationstheorie*, fatti propri dalla nostra dottrina tradizionale, l'agire del rappresentante volontario determina il prodursi di una scissione tra fattispecie e suoi effetti giuridici, solo questi ultimi indirizzandosi verso il *dominus*, mentre la fattispecie rimarrebbe imputata, giuridicamente, al rappresentante⁽⁶⁰⁾. Il che segna una distanza — a mio giudizio, tutta da ripensare⁽⁶¹⁾ — rispetto al funzionamento della rappresentanza organica, ritenuta capace, soltanto quest'ultima, e non invece la rappresentanza volontaria, di determinare l'imputazione giuridica all'ente della stessa fattispecie prodotta dal rappresentante organico, ancor prima dei suoi effetti⁽⁶²⁾.

Ben nota, ancora, è la linea di pensiero, fondata da scrittori autorevoli, che distingue il rappresentante dal *nuncius* seguendo il criterio della necessaria sussistenza di un margine, almeno residuo, di discrezionalità che al primo dovrebbe essere riservato nel compimento dell'atto affidatogli, non potendosi altrimenti parlare di rappresentanza⁽⁶³⁾.

Si tratta di un criterio, bensì, non indiscusso⁽⁶⁴⁾, ma di cui la dottrina civilistica si è abbondantemente avvalsa, sia per trarne la chiave di lettura, ad es., di disposizioni come gli artt. 1390 e 1391 c.c., nella parte in cui si riferiscono agli elementi del contratto rappresentativo predeterminati dal *dominus*⁽⁶⁵⁾, sia in vista della qualificazione di taluni fenomeni sostitutivi, pur no-

⁽⁶⁰⁾ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 10^a ed., Napoli 1978, p. 238; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6^a ed., I, Torino 1962, p. 383; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino 1955, p. 554 s.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, p. 650; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 181.

⁽⁶¹⁾ DELLE MONACHE, *La « contemplatio domini »*. *Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano 2001, p. 79 ss.

⁽⁶²⁾ FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. d.*, VI, Milano 1960, p. 8 ss. ed ivi 32; Id., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, p. 173 e 175 s.

⁽⁶³⁾ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 275. Si veda anche MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli 1961, p. 16, 66, 68, 82 ss., 114.

⁽⁶⁴⁾ G. CIAN, *L'intervento di un nuncius nella formazione delle fattispecie negoziali*, in *Studium iuris*, 1996, p. 13 ss. ed ivi 15 e 20. Nella dottrina tedesca, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 3^a ed., Berlin-Heidelberg-New York 1979, p. 755 ss.

⁽⁶⁵⁾ PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano 1984,

minalmente ascritti alla rappresentanza, che si svolgono al di fuori della sfera del diritto patrimoniale, come nell'ipotesi del matrimonio per procura ⁽⁶⁶⁾.

Senonché un valido contributo al chiarimento della distinzione tra rappresentanza e ambasceria potrebbe venire proprio dal diritto commerciale, come è facile intuire. Specie dopo la riforma, la quale ha provveduto, a proposito delle società per azioni, a distinguere in modo netto i compiti di gestione dell'impresa, che spettano *naturaliter* agli amministratori (art. 2380 *bis*, comma 1°, c.c.), dal potere di rappresentanza della società, attribuito invece dallo statuto o dalla delibera di nomina (art. 2384, comma 1°, c.c.) ⁽⁶⁷⁾, non può non risultare chiaro che, ogni volta che non vi sia coincidenza tra organo gestorio e organo rappresentativo, come tipicamente accade in presenza di un consiglio di amministrazione, l'amministratore dotato del potere di rappresentanza, che lo eserciti in base ad una previa deliberazione del consiglio, è in realtà un soggetto che agisce seguendo una *gebundene Marschroute*, come direbbero i tedeschi: senza che peraltro nessuno dubiti che sussiste, qui, rappresentanza, non potendosi certo discorrere dell'intervento di un semplice *nuncius*.

Anche sul terreno della *contemplatio domini* il confronto tra diritto civile e diritto commerciale sembra poter aprire lo spazio a suggestivi spunti di riflessione.

È noto che il tema della *contemplatio domini* è segnato da interventi giurisprudenziali piuttosto frequenti, nei quali risuona il contrasto tra due diversi indirizzi interpretativi, l'uno largheggiante nel riconoscere, nei singoli casi concreti, che il soggetto agente abbia speso il nome altrui, l'altro invece più severo e incline ad ammettere la sussistenza di un agire rappresentativo solo se la volontà di imputare ad altri gli effetti dell'atto compiuto sia stata manifestata in modo chiaro ⁽⁶⁸⁾.

Quest'ultima tesi, apparentemente formalista, ha dalla sua argomenti importanti. Basti pensare al dettato dell'art. 1705, comma 1°, c.c., quale disposizione che, nonostante la rubrica, deve certamente dirsi applicabile (anche) al mandato con rappresentanza. Con la conseguenza che l'emergere stesso di un rapporto di gestione, in base al quale il rappresentante agisce, non sarà sufficiente a fondare un'interpretazione del suo comportamento, da parte del

p. 136 e 160 ss.; NATOLI, *La rappresentanza*, Milano 1977, p. 90 s.; BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 6, Torino 2000, p. 1 ss. ed ivi 5.

⁽⁶⁶⁾ FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano 2002, p. 361 s.

⁽⁶⁷⁾ CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, diretto da P. Abbadesse-G.B. Portale, Milano 2006, p. 659 ss.

⁽⁶⁸⁾ Per i necessari riferimenti, STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, I, *Formazione* a cura di G. Granelli, Milano 2006, p. 721 ss. ed ivi 759 ss.

terzo, come posto in essere in veste rappresentativa, sin tanto che manchi un'univoca manifestazione della volontà di spendere il nome altrui ⁽⁶⁹⁾.

Questi esiti, tuttavia, non offrono il senso complessivo della posizione assunta dal nostro ordinamento con riguardo al problema della *contemplatio domini*, trattandosi di volgere lo sguardo all'intero diritto privato generale, e cioè anche a quella sua parte che — come ho detto — reca la disciplina delle attività economiche organizzate in forma imprenditoriale.

Di particolare rilevanza, a questo proposito, è la disciplina dettata dall'art. 2208 c.c. relativamente agli atti compiuti dall'istitutore, senza manifestare la propria qualità, nell'esercizio delle mansioni che gli sono affidate. Qui emerge un criterio di imputazione giuridica dell'atto che tende ad incentrarsi sull'oggettiva pertinenza economica all'impresa dell'affare compiuto, sempre che il terzo abbia potuto riconoscere la sussistenza del rapporto gestorio in base al quale l'istitutore agiva ⁽⁷⁰⁾. Né meno interessante, in relazione al problema in parola, è la regola particolare sancita per i consorzi con attività esterna dall'art. 2615, comma 2°, c.c., secondo cui i singoli consorziati rispondono solidalmente col fondo consortile per le obbligazioni assunte per loro conto, non già in loro nome, dagli organi del consorzio ⁽⁷¹⁾.

Ricco di implicazioni, infine, anche sul terreno della rappresentanza volontaria sembrerebbe poter essere il dettato dell'art. 2384, comma 2°, c.c., a mente del quale le limitazioni ai poteri degli amministratori risultanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, benché pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

Se si tiene conto di come la riforma abbia provveduto a tracciare le linee di una distinzione netta — come già dicevo — tra potere rappresentativo e competenza gestoria, il primo dotato di portata generale e spettante ai soli amministratori cui sia specificamente attribuito in base allo statuto o alla deliberazione di nomina (art. 2384, comma 1°, c.c.), la seconda riconosciuta agli amministratori, perché tali, in vista dell'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380 *bis*, comma 1°, c.c.), ecco che non si tarderà a percepire il risuono, nel citato disposto dell'art. 2384, comma 2°, c.c., di una questione che al civilista è ben nota: quella, cioè, del rilievo esterno dell'abuso che il rappresentante compia nell'esercizio del potere conferitogli.

I limiti di cui invero si parla, sempre nel cpv. dell'art. 2384 c.c., sembrano essere, *in primis*, quelli interni, anche radicati nella ripartizione statutaria delle competenze deliberative ⁽⁷²⁾. In particolare, l'amministratore dotato del

⁽⁶⁹⁾ DELLE MONACHE, *La « contemplatio domini »*, cit., p. 435 ss.

⁽⁷⁰⁾ DELLE MONACHE, *La « contemplatio domini »*, cit., p. 462 ss.

⁽⁷¹⁾ In giurisprudenza, Cass. 25 febbraio 2006, n. 3664, in *D. e giur.*, 2007, p. 446 ss., con nota di GRASSO, *Note in tema di obbligazioni assunte dai consorzi per conto dei consorziati*.

⁽⁷²⁾ Nel senso, anzi, che le limitazioni evocate nell'art. 2384, cpv., c.c. possano riguar-

potere rappresentativo dovrà esercitarlo in conformità alle decisioni assunte dall'organo cui spetta, per statuto, la responsabilità della gestione. E l'atto eventualmente compiuto in distonia dai contenuti di una decisione del genere, o in sua mancanza, sarà un atto che non realizza — in un certo senso — l'interesse sociale: non realizza, cioè, tale interesse per come era stato definito e precisato, o avrebbe dovuto esserlo, con delibera dell'organo competente. L'ipotesi è dunque accostabile a quelle che il civilista riconduce all'area dell'abuso di rappresentanza, quest'ultimo potendosi dire sussistente — come la dottrina non manca di precisare ⁽⁷³⁾ — ogni qual volta il potere sia esercitato in modo non conforme all'interesse del *dominus* o con violazione, comunque, degli obblighi inerenti al rapporto di gestione ⁽⁷⁴⁾.

Ciò posto, deve aggiungersi che, nella nostra esperienza giuridica, è incerto a quali conseguenze conduca l'abuso del rappresentante: nella misura in cui non si radichi, beninteso, in una situazione di conflitto di interessi, la disciplina essendo allora quella dettata dall'art. 1394 c.c. Mentre la dottrina tedesca, in particolare, non dubita che il *Missbrauch der Vertretungsmacht*, se palese o comunque noto al terzo, reagisca sull'atto rappresentativo, rendendolo inefficace ⁽⁷⁵⁾, la questione, da noi, è dibattuta, anche per l'interferenza sul tema del citato art. 1394 c.c. ⁽⁷⁶⁾.

Un chiarimento, a questo proposito, sembra poter provenire, peraltro, proprio dal diritto commerciale, il quale prevede, nell'art. 2384, comma 2°, c.c., che l'abuso — nel senso detto — compiuto dall'amministratore cui spetta

dare soltanto il potere di gestione, dovendosi ritenere inderogabile il contenuto legale del potere rappresentativo, CALANDRA BUONAURO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 660. In termini opposti, peraltro, BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *G. comm.*, 2003, I, p. 389 ss. ed ivi 404 s.

⁽⁷³⁾ Per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano 2000, p. 99 s.

⁽⁷⁴⁾ In termini radicalmente diversi GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª, I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova 2006, p. 475 ss., secondo cui l'atto compiuto dal rappresentante in mancanza di previa delibera, assembleare o consiliare, sarebbe posto in essere in difetto di potere, questo essendo opponibile ai soli terzi di mala fede sulla scorta delle indicazioni ricavabili dagli artt. 2377, comma 7°, e 2388, comma 5°, c.c.; si avrebbe invece un caso di eccesso di potere qualora rimangano inosservati i limiti statutari cui allude l'art. 2384, comma 2°, c.c.; potrebbe parlarsi di abuso di potere rappresentativo, infine, solo quanto agli atti posti in essere dall'amministratore per realizzare un interesse extrasociale.

⁽⁷⁵⁾ LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München 1997, p. 896 s.

⁽⁷⁶⁾ Nel senso che, se il rappresentante trascura o lede l'interesse del rappresentato ovvero si discosta dalle istruzioni ricevute, l'atto sarà comunque valido ed efficace, pur dando luogo ad una responsabilità del rappresentante per inadempimento, BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 95 s. e 99 s. Osserva invece che, se il terzo conosceva o doveva conoscere il rapporto di gestione, « la sua pretesa di considerarlo a sé inopponibile sarebbe contraria a buona fede », ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano 2001, p. 283.

il potere di rappresentanza della società non possa essere opposto ai terzi, fatta salva soltanto l'*exceptio doli*: la prova del fatto, cioè, che il terzo abbia intenzionalmente agito in danno della società ⁽⁷⁷⁾.

6. — Questi scarni rilievi — colti, per di più, all'interno di un orizzonte assai limitato — sembrano però sufficienti ad offrire il senso di una incomunicabilità e quasi indifferenza, tra diritto civile e diritto commerciale, le quali vanno superate ⁽⁷⁸⁾.

Nella necessaria opera di rinnovo e aggiornamento del catalogo delle proprie categorie, quali indispensabili strumenti conoscitivi della realtà giuridica — sempre più mutevole — che ci circonda, il civilista non può non volgere lo sguardo, con rinnovata attenzione, al diritto commerciale, quale diritto costituito, certamente, da un'ampia messe di regole speciali, ma altresì, prima e più di questo, quale parte del diritto privato generale, come ho cercato di spiegare.

A sua volta il commercialista è chiamato, forse, ad uno sforzo di maggior consapevolezza in ordine ai presupposti teorici del proprio discorso, quando questo si svolga attorno ad istituti la cui radice prima è da individuare nel diritto civile. Sarebbe così possibile, per portare ancora l'esempio della rappresentanza, riconoscere nella distinzione tra la sfera potenzialmente illimitata del potere assegnato agli amministratori-rappresentanti e le regole di ripartizione interna delle competenze decisorie la stessa linea di discriminazione che, nella rappresentanza volontaria, tiene separati tra loro il rapporto rappresentativo e il rapporto di gestione: con il che si eviterebbe poi di appiattare i limiti, di cui si parla nell'art. 2384, comma 2°, c.c., nell'improbabile prospettiva di una loro affermata rilevanza all'interno della figura dell'eccesso di potere ⁽⁷⁹⁾.

In definitiva, sul piano della costruzione delle categorie generali, ma poi anche per quanto riguarda l'aspetto, diciamo così, più minuto, relativo alla ricerca delle singole regole operazionali capaci di colmare le lacune legislative, sembra avvertirsi forte, oggi, l'esigenza di una reciproca integrazione tra diritto civile e diritto commerciale ⁽⁸⁰⁾.

Né è difficile individuare istituti o argomenti, vecchi e nuovi, in cui particolarmente evidente appare l'utilità che sembra poter derivare da questa che è anzitutto una prospettiva metodologica.

Si pensi, ad es., alla sorte dei debiti inerenti all'azienda commerciale ce-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. CALANDRA BUONAURO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 676.

⁽⁷⁸⁾ In generale, afferma LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale »*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., p. 271, che la scienza giuridica è venuta trasformandosi, oggi, « in esegeta della giurisprudenza e tende sempre più a dividersi in ambiti specialistici non comunicanti fra loro ».

⁽⁷⁹⁾ MALBERTI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, *Amministratori*, Artt. 2380-2396 c.c., a cura di F. Ghezzi, Milano 2005, p. 171 ss. ed ivi 213.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto, si veda, già, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 881.

duta: debiti di cui, a fronte dell'art. 2560, comma 2°, c.c., continua ad essere incerto se debbano considerarsi trasferiti al cessionario, ferma la responsabilità adietizia del cedente, o al contrario se permangano nella sfera di titolarità di quest'ultimo, ma con responsabilità anche a carico del cessionario. E si tratta di un problema i cui riflessi pratici appaiono veramente notevoli, dalla sua soluzione dipendendo il riconoscimento della spettanza al cedente o al cessionario dell'azione di regresso, in caso di avvenuto pagamento al terzo ⁽⁸¹⁾.

Si pensi ancora al tema, sempre vivo, delle clausole statutarie di prelazione nell'acquisto di partecipazioni sociali ⁽⁸²⁾.

Volgendo lo sguardo, poi, ad un istituto di nuovo conio, nessuno — credo — vorrà negare l'utilità di un metodo integrato nello studio del contratto di rete ⁽⁸³⁾.

Infine, viene sempre più ampliandosi l'ambito delle possibili interferenze tra diritto commerciale e diritto ereditario, atteso che la nuova frontiera, riguardo a quest'ultimo, consiste nel tentativo — operato dal legislatore, ma anche dall'interprete — di attenuarne le regole che sono d'ostacolo alla conservazione dell'integrità dell'impresa nei passaggi generazionali ⁽⁸⁴⁾.

7. — Lo scenario in cui stiamo vivendo, in conclusione, esige che siano moltiplicati gli sforzi volti a ritrovare o costruire una rinnovata *unità del sapere giuridico* ⁽⁸⁵⁾.

La complessità delle regole, elemento ineliminabile del nostro tempo, rischia altrimenti di tramutarsi in disordine e anarchia.

Non si tratta, beninteso, di sacrificare le specificità dei diritti singoli, diversi dal diritto civile: né si tratta, tanto meno, di restaurare una malintesa primazia di quest'ultimo all'interno dell'area del diritto privato.

È necessario, invece, rompere gli steccati tradizionali per acquistare maggior consapevolezza di noi stessi e dell'oggetto dei nostri studi, nella convinzione che le aperture verso l'esterno, anziché immiserire, generano un arricchimento.

⁽⁸¹⁾ Recentemente, su tali questioni, MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino 2007.

⁽⁸²⁾ G. GABRIELLI, *Categorie civilistiche e « diritti secondi » nella disciplina dei patti di prelazione*, in PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali*, cit., p. 27 ss.

⁽⁸³⁾ GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 617 ss.; SANTAGATA, *Il « contratto di rete » fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in questa *Rivista*, 2011, I, p. 323 ss.; CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: « Learning by doing? »*, in *Contratti*, 2010, p. 1143 ss.

⁽⁸⁴⁾ In riferimento al patto di famiglia, si veda, in particolare, M. CIAN, *La nozione di « partecipazioni societarie » nella disciplina dei patti di famiglia*, in *R. d. soc.*, 2008, p. 767 ss.

⁽⁸⁵⁾ Sul rapporto tra diritto civile e diritti speciali e per una riaffermazione della « unità sistematica del diritto privato » si vedano le pagine, ancora attuali, di MENGONI, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, in *Jus*, 1983, p. 323 ss.

Non esito ad associarmi, con questo, all'auspicio in altra occasione formulato da chi condivide con me i compiti, nell'odierno convegno, della trattazione dei rapporti tra diritto civile e diritto commerciale: l'auspicio di Mario Libertini, cioè, che possa conquistare terreno e affermare la propria egemonia culturale una nuova giurisprudenza colta capace di « pensare globalmente » al fenomeno giuridico, secondo la complessità che esso attualmente manifesta ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale »*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., p. 276.

