

CAPITALISMO E DIRITTO CIVILE. ITINERARI GIURIDICI DAL *CODE CIVIL* AI TRATTATI EUROPEI. DIALOGANDO CON CESARE SALVI *

Di Marisaria Maugeri

| 29

Capitalismo e diritti civili. Itinerari giuridici dal *code civil* ai Trattati europei. Dialogando con Cesare Salvi (Marisaria Maugeri)



Cesare Salvi nel 2015 ha scritto un libro, edito da Il Mulino, su *Capitalismo e diritto civile*.

Il libro è, in primo luogo, scritto molto bene. Sono consapevole del fatto che una giurista non sia chiamata a dar giudizi sulle tecniche espositive e sulla raffinatezza della scrittura ma egualmente mi sento di sottolineare il dato perché la lettura di questo libro non solo non stanca ma risulta veramente gradevole. Si legge come si leggerebbe un buon romanzo, con la curiosità di comprendere e seguire la trama. Non vi è alcun passaggio di difficile comprensione. Tutto scorre.

L'autore ha la capacità di rappresentare la complessità dei diversi passaggi economici, politico-istituzionali e, soprattutto, giuridici con linearità, senza salti logici.

Cesare Salvi ha sempre avuto la capacità di inserire i singoli istituti all'interno dei contesti economico-sociali. Ricordo il libro in tema di Immissioni industriali, del 1979, che spiega i tempi della rivoluzione industriale decisamente meglio di quanto abbiano fatto alcuni storici.

Il libro del 2015 si occupa di tutti i principali temi del Diritto Civile (diritto soggettivo, contratto, responsabilità, proprietà, filiazione, famiglia, successioni etc..) e li mette in relazione con le ideologie e i rapporti sociali dei diversi tempi.

In questa sede, vorrei seguire i passaggi e le riflessioni dell'autore in tema di contratto. Il codice del 1865 – ci dice l'autore a p. 35 - è caratterizzato dalla libertà contrattuale. Il contratto è in quel codice una figura generale fondata sulla volontà delle parti. Il diritto premoderno, al contrario, non conosceva il contratto come figura generale ma singole figure di contratti come specifiche discipline.

Nel codice del 1865 la volontà delle parti aveva forza di legge. Non si teneva affatto conto della disparità di potere fra i contraenti. Non esisteva neanche la figura del contratto di lavoro come contratto autonomo rispetto agli altri contratti. Come si ricorderà, infatti, tale contratto era ricondotto alla locazione delle opere. Tale codice, come è noto, si rifaceva al *Code Napoleon* e la sua impostazione era tipicamente liberale. La stessa mancata distinzione del contratto di lavoro da altri tipi contrattuali risultava coerente con l'idea di fondo del sistema liberale che considera la forza lavoro una merce come le altre, suscettibile di scambio sul mercato.

L'Italia è l'unica nazione europea che si è data un nuovo codice civile nel periodo fra le due guerre mondiali. Il Codice civile è, infatti, del 1942. Il nuovo codice contiene significative innovazioni. Salvi a p. 45 ci dice che tali innovazioni “*corrispondono in parte a modificazioni generali dell'economia capitalistica e del suo rapporto con lo Stato, in parte all'ideologia produttivistica e*

* Relazione tenuta in occasione della presentazione del libro di Cesare Salvi, presso la Scuola Superiore delle Professioni Legali di Catania, il 4 Dicembre 2015

corporativa del fascismo, in parte alle nuove teorie giuridiche che si erano affermate nei precedenti decenni”.

L'economia capitalistica aveva progressivamente accentuato, rispetto alla logica originaria del liberismo, gli elementi di organizzazione del sistema. Si è parlato di capitalismo organizzato. Lo Stato comincia a intervenire in maniera crescente e i processi economici cominciano ad esser governati.

La risposta alla crisi del '29 in Italia è il fascismo che pretende di essere una terza via sia al capitalismo che al comunismo. A p. 46 Cesare Salvi scrive: *“L'ideologia e gli strumenti di questa “terza via” nel rapporto tra pubblico e privato, tra Stato ed economia, trovano espressione nello “Stato corporativo”, basato sulla gestione autoritaria dei rapporti sociali, anzitutto tra capitale e lavoro (chiamati a collaborare nell'interesse nazionale) e sulla regolazione pubblica dell'economia, finalizzata alla massimizzazione della produzione nazionale”.*

Il terzo elemento che ha influenzato la redazione del codice sarebbe, per l'autore, quello derivante dalla revisione dello strumento concettuale derivante dall'elaborazione della Pandettistica, che assegnava al diritto oggettivo il primato o comunque lo considerava il fondamento, rispetto al diritto soggettivo e al potere della volontà dell'individuo.

Gli strumenti di innovazione legati ai mutati rapporti sociali e ideologici presenti nel codice - per Cesare Salvi - sono: le norme corporative, l'unificazione del diritto civile, del diritto commerciale e del diritto del lavoro, e l'inserimento di norme di intervento pubblico dell'economia e di prevalenza dell'interesse della produzione rispetto alla volontà e agli interessi individuali del privato, innovative rispetto alla tradizione dei codici liberali, nella disciplina del contratto.

L'unificazione del diritto civile e del diritto commerciale per l'autore realizza una duplice esigenza: da un lato, una codificazione coerente con il nuovo modo di essere del rapporto pubblico - privato, secondo la logica del capitalismo organizzato in generale e dell'ordinamento corporativo in particolare; dall'altro, la conservazione dell'impianto proprietario del sistema economico (e sarebbe in ragione di ciò che non si sarebbe scelto di redigere un testo separato, perché - come sottolineato da Vassalli - l'unificazione aveva lo scopo di significare che il regime della produzione anche nella sua forma più complessa e moderna non è estraneo alla legge civile).

Io, però, vorrei soffermare l'attenzione su un altro profilo (pure trattato dall'autore) che è quello relativo alla c.d. commercializzazione del diritto privato (che discende dall'unificazione dei codici) che si realizza attraverso il codice del 1942. Vorrei soffermare l'attenzione su ciò perché secondo me in quella fase si registra un passo non irrilevante verso un nuovo modo di concepire il mercato e soprattutto il rapporto fra persona e mercato.

Come sottolineato anche da Cesare Salvi, da più parti si afferma che la duplicazione dei codici rispondesse alla prevalenza, nella fase storica considerata, dell'economia agricola e delle classi fondiarie su quelle industriali, con la conseguente costruzione del Codice civile secondo il modello della proprietà fondiaria, mentre al Codice di commercio veniva affidata la funzione di soddisfare l'aspettativa di profitto dell'operatore economico.

A me sembra 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 soggetto; e l'altro (quello di commercio) a garantire i ceti, prima mercantili e poi industriali, che aspiravano ad allargare i mercati e 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 in punto di circolazione della ricchezza.

La c.d. commercializzazione del diritto civile del codice del 1942 ha modificato il paradigma civilistico legato alla figura dell'individuo proprietario e ai suoi corollari.

Il profilo della commercializzazione del diritto privato in Italia non ha avuto, al di là della felice formula, l'attenzione che avrebbe meritato. Le ragioni sono di diverso tipo. Non ultima la tendenza di corporazione delle diverse comunità accademiche.

Il codice del '42 presenta, in vero, profonde novità rispetto ai vecchi codici (e mi riferisco sia al *Code Civil* sia al *BGB*).

Novità che in ordinamenti diversi dal nostro sono state poi introdotte in tempi più recenti o attraverso l'opera della giurisprudenza o attraverso le cc.dd. “modernizzazioni”.

Si pensi alla rilevanza attribuita alle sopravvenienze o alle regole in tema di





determinabilità del terzo o ancora anche alla disciplina contenuta nell'art. 1341 c.c.

A me sembra che questo tipo di modifica non sia legata al fascismo o al corporativismo, prova ne è che il medesimo percorso viene seguito più di recente in ordinamenti che si inscrivono in contesti alieni a quell'ideologia. Credo, cioè, che nel codice di '42 ci sia – accanto agli innesti di cui parla correttamente Cesare Salvi – anche un'attribuzione di rilevanza all'esigenza di velocizzazione del traffico giuridico e di mantenimento del rapporto compatibile con più di un'ideologia.

La modifica della vecchia concezione del diritto soggettivo collegato al potere della volontà individuale, che rispecchiava appieno il pensiero liberale legato alla figura della borghesia fondiaria, e l'approdo al diritto soggettivo come interesse protetto, l'oggettivizzazione della transazione, non siano funzionali solo al governo delle grandi masse secondo il modello del c.d. capitalismo organizzato e dell'ordinamento corporativo ma possano risultare funzionali anche a pensieri diversi.

L'istanza produttivistica e quella tesa a incrementare i numeri delle transazioni, sacrificando la volontà idiosincratica dei contraenti, sembrano cioè funzionali a un'esigenza di modifica del paradigma di creazione e trasferimento della ricchezza che sembra esser presente – ripeto - in modelli economici molto diversi fra loro.

Nel libro c'è una serissima e approfondita ricostruzione di tutto quanto avviene a partire dagli anni '60 e '70 del secolo scorso: l'ancoraggio alla Costituzione e la valorizzazione delle clausole generali nel più ampio processo di attuazione dei principi costituzionali nel diritto civile.

Anche in Italia – così come, in diverso grado e con caratteri diversi, in tutti i sistemi economici dell'Occidente - vi è stata una fase di forte intervento a favore dei ceti “deboli” che si è espressa anche attraverso la limitazione dell'autonomia privata.

Fra le conquiste sociali si annovera certamente lo Statuto dei lavoratori², che interviene sul contratto di lavoro limitando in modo significativo l'autonomia privata del datore di lavoro.

Ricordo anche la disciplina in tema di locazione degli immobili adibiti a uso abitativo (Legge 27/7/1978 n° 392. Disciplina delle locazioni di immobili urbani).

Si tratta in entrambi i casi di discipline che proteggono *categorie* di soggetti ritenute

tipicamente deboli nei confronti di controparte. I soggetti considerati vengono tutelati sia sotto il profilo dell'equilibrio economico dello scambio sia sotto il profilo della stabilità e durata del rapporto.

In quella fase storica (o addirittura ancor prima) comincia anche ad affermarsi la c.d. costituzionalizzazione del diritto privato. Per quella via, parte della dottrina intendeva (quanto meno anche) accelerare il processo di protezione di interessi non ancora presi in considerazione dal legislatore (si pensi all'ambiente). Ha, infatti, ragione chi afferma che all'interno della corrente di pensiero che faceva allora riferimento ai valori costituzionali occorre distinguere fra chi si appellava, in via preferenziale al legislatore, e chi, invece, affidava in via preferenziale al giudice un compito di mediazione sociale alla luce dei suddetti valori³.

Intervento del legislatore da una parte e spinta in chiave solidaristica di parte della dottrina erano, dunque, la cifra di quel periodo.

Segue nel libro la descrizione dell'affermarsi del neo-liberismo.

Come mi è capitato anche di recente di scrivere, alcuni imputano il processo di affermazione del neoliberalismo e di smantellamento dello stato sociale alla globalizzazione. L'apertura totale dei mercati, le nuove tecnologie, i nuovi mezzi di trasporto, l'accelerazione dei processi di interdipendenza economica, avrebbero impedito ai singoli Stati di fare politiche di *Welfare*, pena la perdita totale di competitività delle imprese nazionali. Sempre alla globalizzazione viene, pressoché unanimemente, ricondotta anche la perdita di significato dello Stato nazione e la ri-dislocazione di parte del potere prima tipicamente esercitato da quest'ultimo ai mercati. Non solo, dunque, l'assenza di politiche di *Welfare* da parte dello Stato ma anche una più radicale perdita del significato stesso di Stato nazione. Decisioni che vengono sempre più, direttamente o indirettamente, prese non da organi politici ma dagli AD delle diverse società.

Ricordo, a questo proposito, quanta “impressione” mi fece leggere l'*incipit* del primo capitolo di un libro di Guido Rossi, *Il mercato dell'azzardo*, pubblicato da Adelphi nel 2008, in cui veniva riportato, fra l'altro, un dato: “*All'inizio di questo secolo tra le cento maggiori economie mondiali compaiono cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati...*”; e un commento: “*Le corporation vanno ormai considerate i veri protagonisti della scena*

² Legge n. 300 del 20 maggio 1970, recante *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*.

³ L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008, 11

economica contemporanea: dominano in molti casi le entità statuali ai cui ordinamenti sarebbero in teoria assoggettati”.

Stati nazione vincolati e dipendenti, dunque, da decisioni prese “altrove” e gruppi societari capaci di influenzare se non tutti i singoli Stati sicuramente quell’”altrove” da cui i singoli Stati risultano interdipendenti.

È in questo contesto che si afferma sempre più il c.d. neo liberismo secondo il quale il mercato alloca efficientemente le risorse e in tal modo garantisce anche l’interesse pubblico.

Il nucleo centrale del neoliberismo si forma nel corso degli anni Settanta con la forte spinta di Carter, si consolida sotto Reagan e Thatcher nel corso degli anni Ottanta, e raggiunge il suo acme con la caduta dei regimi comunisti.

Una delle peculiarità del neo-liberismo è l’attenzione per l’efficienza delle singole contrattazioni. L’idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente.

A livello sovranazionale il neoliberismo riuscì a radicarsi nel corso degli anni Ottanta e Novanta nelle principali organizzazioni internazionali (FMI, Banca Mondiale, OCSE: il cosiddetto Washington Consensus), la Commissione europea e l’Istituto Monetario Europeo, poi la Banca Centrale. Ovviamente non è questa la sede per discutere *funditus* di neoliberismo, ho fatto questi pochi cenni al fenomeno perché mi sembra importante comprendere quale fosse il principale riferimento politico culturale di quella stessa Commissione (Europea) che tanto impulso ha dato all’elaborazione della nostra disciplina a tutela del consumatore (dico principale e non unico perché credo che abbia ragione chi sostiene che anche nella fase ascendente il neoliberismo non sia riuscito a travolgere le fondamenta istituzionali dello stato sociale).

La scuola di pensiero che ha tradotto con maggiore fedeltà a livello di analisi giuridica le convinzioni del neo liberalismo è stata sicuramente quella di *Law and Economics*. Scuola che ha influenzato non solo l’interpretazione delle norme ma anche e soprattutto la redazione di queste.

Per l’EAL la transazione è l’unità elementare di analisi e i c.d. costi di transazione sono lo strumento teorico operativo che consente di classificare, distinguere, aggregare i vari tipi di transazioni e poi di progettare interventi relativi alle varie tipologie di transazioni, afflitte dall’uno o dall’altro tipo di costi.

L’EAL dedica grande attenzione allo studio dei c.d. fallimenti del mercato, primo fra tutti quello derivante dall’asimmetria informativa, nei termini

in cui ne discuteva Akerlof⁴ e alla modalità per rendere efficiente una transazione pur in presenza di *market failure* (individuando, ad esempio, meccanismi di perequazione delle asimmetrie informative).

Secondo alcuni studiosi ad esempio, nei rapporti con i professionisti, i consumatori sono in una tipica situazione di asimmetria informativa.

I consumatori entrano razionalmente in una contrattazione solo se ritengono che i costi da affrontare per accedere all’informazione e per contrattare siano inferiori ai rischi cui vanno incontro. In una transazione occasionale tali costi tipicamente non vengono affrontati. Questo fa sì che molte clausole non vengano controllate dai consumatori e non vengano assunte come dati rilevanti ai fini della valutazione comparativa fra prodotti. Risulterebbe, dunque, razionale per i professionisti utilizzare le clausole meno vantaggiose per il consumatore, facendosi concorrenza solo sul prezzo e abbassando lo stesso. Questo determinerebbe un orientarsi del mercato verso il basso (*race to the bottom*), dando luogo a un fenomeno del tipo di quello del c.d. *Market for Lemons* descritto da Akerlof. Ed è per evitare questo fenomeno, e non per proteggere il contraente in generale debole o solo meno informato, che il legislatore dovrebbe intervenire.

Ho spiegato altrove perché la soluzione sul piano dell’analisi economica non risulta convincente (secondo me, infatti, proprio tenendo conto dei costi transattivi, si potrebbe per un verso estendere la soluzione in alcuni casi anche ai professionisti e per un altro verso limitare la tutela dei consumatori in caso di transazioni con corrispettivi molto elevati) ma non è questo qui il punto.

In questa sede, infatti, ciò che rileva è che – nonostante alcune ambiguità – la cultura neoliberista ha fortemente influenzato la redazione della disciplina contenuta Direttiva 93/13. La *ratio* di quest’ultima, infatti, è palesemente quella di perequare l’asimmetria informativa in quanto idonea a determinare un “fallimento del mercato”. Se si fosse, infatti, voluto perequare l’asimmetria di potere di mercato (monopolio, posizione dominante, etc..) o tener conto dello stato di minore potere economico del consumatore, coerenza avrebbe voluto che la valutazione in chiave di abusività investisse anche le condizioni economiche. Avrebbe, cioè, avuto più senso adottare una regola simile a quella contenuta nell’ art. 36 del *Nordic Contracts Act*. Ma così non è stato. E, d’altra parte,

⁴ AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *Q. J. Econ.* 488, 1970



se il problema fosse stato quello della debolezza del consumatore perché fermarsi alla debolezza “informativa” e non andar oltre? In vero, il problema che assume rilievo per il legislatore europeo è solo quello del possibile cattivo funzionamento del mercato.

La disciplina va iscritta, dunque, all’interno di quel paradigma che si muove verso la massimizzazione e l’efficienza della transazione. Essa, cioè, al pari di altre (penso, solo ad es. a quella in tema di affiliazione commerciale), non ha nulla da dire sotto il profilo della solidarietà sociale.

Occorre, dunque, stare attenti quando si costruiscono paradigmi generali e si tratteggiano linee di unione fra le varie discipline. E questo vale sia quando si pretende di mettere insieme discipline con ispirazioni profondamente diverse (solidarietà sociale, protezionismo, efficienza ...) sia quando si pretende di mettere insieme discipline che intendono risolvere tipi di fallimento di mercato differenti (asimmetria informativa, *market power*,...).

E questa mi sembra essere anche la posizione dell’autore sul punto.

Come superare questo neoliberismo che non tiene conto della debolezza economica dei soggetti e che travolge le conquiste sociali?

La ricetta di Salvi è nel senso di riaffermare l’identità costituzionale nazionale e il principio sociale che di questa è parte integrante. L’auspicio può essere anche condiviso ma io nutro molti dubbi sulla possibilità che uno stato nazione (sempre ammesso che - al di là della Costituzione formale - possa oggi permettersi reali politiche redistributive, mancando proprio il quid da redistribuire) possa reagire alle pressioni derivanti dall’apertura dei mercati meglio di quanto possa fare l’Europa nel suo complesso. In questo senso io continuo a credere che l’Europa possa essere una fonte di reazione all’iperliberismo più efficiente delle reazioni locali (anche se mi rendo conto, e in questo concordo pienamente con Salvi, che non ha dato grande prova di sé).

Tanto altro è descritto nel libro che oggi presentiamo ma per ragioni di spazio io non posso proseguire.

Consentitemi, però, prima di chiudere di dire che quello che ci restituisce Salvi è un diritto civile non solo “tecnico” ma anche pienamente iscritto nei passaggi culturali, ideologici ed economici. Un diritto civile colto e appassionante.

