

THE  
CARDOZO ELECTRONIC  
LAW BULLETIN

SPRING-SUMMER 2019

CODEx  
IDEOLOGIE E TECNICHE  
DELLA (R)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

§ DOVE STA ANDANDO IL CAPITALISMO?

VERSO UNA RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

*Ugo Mattei*

LA TRASFORMAZIONE DEL CAPITALISMO  
E GLI SPAZI PER UNA “POLITICA DEL DIRITTO”

*Chiara Giorgi*

§ LA CODIFICAZIONE OGGI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA STORICA

CODICE E CORPO SOVRANO.  
RIPENSANDO LA STORIA DELLE CODIFICAZIONI EUROPEE

*Pier Giuseppe Monateri*

LINGUA DEL CODICE E PARADIGMA DELLA LEGGE

*Donato Carusi*

SCIENZA GIURIDICA E CODIFICAZIONI

*Letizia Vacca*

## § PERSONE, SOGGETTI, FORMAZIONI SOCIALI, COLLETTIVI

LE PERSONE, I SOGGETTI, LE FORMAZIONI SOCIALI:  
NOTE A MARGINE DEL PENSIERO DI STEFANO RODOTÀ *Giorgio Resta*

SOGGETTIVIZZARE LA NATURA? *Rodrigo Míguez Núñez*

## § STATO E POTERI PRIVATI NEL CODICE CIVILE

STATO E POTERI PRIVATI NELLA CODIFICAZIONE CIVILE *Marisa Meli*

IL CIVILE SENSO DELL'AUTONOMIA *Pasquale Femia*

DIRITTO E POTERE NORMATIVO *Mauro Orlandi*

## § BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA

BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO.  
GIUSTIZIA ECOLOGICA E DISTRIBUTIVA:  
(SOLTANTO) UNA PREMessa *Raffaele Di Raimo*

RIFLESSIONI SU POSSIBILI RIFORME DEL CODICE CIVILE  
(A PROPOSITO DI BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO) *Francesco Astone*

NOTE SUL VALORE DELLE "COSE DI ORIGINE UMANA" *Valentina Calderai*

IDEOLOGIE E TECNICHE  
PER UNA (R)CODIFICAZIONE  
DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA *Maria Rosaria Maugeri*

BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA.  
QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ *Andrea Nervi*

## § DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI E FUNZIONE ECOLOGICA

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI,  
SOSTENIBILITÀ ECOLOGICA *Daniela Di Sabato*

IL SOCIALE COME BENE COMUNE *Francesco Denozza*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI  
E FUNZIONE ECOLOGICA *Giuseppe Ferri jr*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI  
E FUNZIONE ECOLOGICA.  
RAPPORTI MONETARI, FINANZIAMENTO E INVESTIMENTO *Maddalena Semeraro*

§ RESPONSABILITÀ, PRECAUZIONE, TUTELE

IDEOLOGIE E TECNICHE  
DELLA (RI)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

*Filippo Sartori*

RESPONSABILITÀ, TUTELE E PRECAUZIONI

*Carlo Marchetti*

§ DALLA DICOTOMIA PUBBLICO/PRIVATO ALLA DINAMICA  
COLLETTIVO/INDIVIDUALE

RIPENSARE LO STATUTO DEL DIRITTO  
NELLA DIMENSIONE COLLETTIVA DEGLI INTERESSI

*Maria Rosaria Marella*

IPOTESI SULL'*IPOTESI*

*Michele Spanò*

FONTI E METODI PER UNA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

*Alessandra Quarta*

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

ALL PAPERS SUBMITTED TO *THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN* ARE SUBJECT TO DOUBLE BLIND PEER REVIEW AND TO THE APPROVAL OF THE STEERING COMMITTEE.

# THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

---

VOLUME XXV

SPRING-SUMMER 2019

NUMBER 1

---

## CONTENTS

### CODEX

#### IDEOLOGIE E TECNICHE

#### DELLA (R)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

## ARTICLES

### § DOVE STA ANDANDO IL CAPITALISMO

VERSO UNA RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

*Ugo Mattei*

LA TRASFORMAZIONE DEL CAPITALISMO  
E GLI SPAZI PER UNA “POLITICA DEL DIRITTO”

*Chiara Giorgi*

### § LA CODIFICAZIONE OGGI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA STORICA

CODICE E CORPO SOVRANO.  
RIPENSANDO LA STORIA DELLE CODIFICAZIONI EUROPEE

*Pier Giuseppe Monateri*

LINGUA DEL CODICE E PARADIGMA DELLA LEGGE

*Donato Carusi*

SCIENZA GIURIDICA E CODIFICAZIONI

*Letizia Vacca*

## § PERSONE, SOGGETTI, FORMAZIONI SOCIALI, COLLETTIVI

LE PERSONE, I SOGGETTI, LE FORMAZIONI SOCIALI:  
NOTE A MARGINE DEL PENSIERO DI STEFANO RODOTÀ

*Giorgio Resta*

SOGGETTIVIZZARE LA NATURA?

*Rodrigo Míguez Núñez*

## § STATO E POTERI PRIVATI NEL CODICE CIVILE

STATO E POTERI PRIVATI NELLA CODIFICAZIONE CIVILE

*Marisa Meli*

IL CIVILE SENSO DELL'AUTONOMIA

*Pasquale Femia*

DIRITTO E POTERE NORMATIVO

*Mauro Orlandi*

## § BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA

BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO.  
GIUSTIZIA ECOLOGICA E DISTRIBUTIVA:  
(SOLTANTO) UNA PREMESSA

*Raffaele Di Raimo*

RIFLESSIONI SU POSSIBILI RIFORME DEL CODICE CIVILE  
(A PROPOSITO DI BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO)

*Francesco Astone*

NOTE SUL VALORE DELLE "COSE DI ORIGINE UMANA"

*Valentina Calderai*

IDEOLOGIE E TECNICHE  
PER UNA (RI)CODIFICAZIONE  
DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

*Maria Rosaria Maugeri*

BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA.  
QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ

*Andrea Nervi*

## § DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI E FUNZIONE ECOLOGICA

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI,  
SOSTENIBILITÀ ECOLOGICA

*Daniela Di Sabato*

IL SOCIALE COME BENE COMUNE

*Francesco Denozza*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI  
E FUNZIONE ECOLOGICA

*Giuseppe Ferri jr*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI  
E FUNZIONE ECOLOGICA.  
RAPPORTI MONETARI, FINANZIAMENTO E INVESTIMENTO

*Maddalena Semeraro*

§ RESPONSABILITÀ, PRECAUZIONE, TUTELE

IDEOLOGIE E TECNICHE  
DELLA (RI)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

*Filippo Sartori*

RESPONSABILITÀ, TUTELE E PRECAUZIONI

*Carlo Marchetti*

§ DALLA DICOTOMIA PUBBLICO/PRIVATO  
ALLA DINAMICA INDIVIDUALE/COLLETTIVO

RIPENSARE LO STATUTO DEL DIRITTO  
NELLA DIMENSIONE COLLETTIVA DEGLI INTERESSI

*Maria Rosaria Marella*

IPOTESI SULL'*IPOTESI*

*Michele Spanò*

FONTI E METODI PER UNA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

*Alessandra Quarta*

# DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI E FUNZIONE ECOLOGICA\*

*Giuseppe Ferri jr*

SOMMARIO: 1. Il diritto patrimoniale privato e la sua unità formale. – 2. I rapporti economici: scambio e finanziamento. – 3. (*segue*): finanziamento all'impresa e mercati finanziari. – 4. La funzione ecologica.

1. *Il diritto patrimoniale privato e la sua unità formale.* – Punto di partenza pressoché obbligato di ogni riflessione in ordine alla opportunità di una diversa sistemazione delle discipline dei rapporti tra privati, e cioè di quella che potrebbe precludere, per riprendere il titolo dell'incontro, ad una ricodificazione del diritto privato, della quale definire le ideologie e le tecniche, sembra essere costituito dalla scelta adottata dal legislatore del 1942 di unificare formalmente il diritto patrimoniale privato, superando un ordinamento, come quello anteriore, nel quale la relativa disciplina era affidata a due complessi di norme tra loro autonomi, per quanto non del tutto separati, il diritto civile e quello commerciale: autonomia della quale la presenza di due diversi codici non era, come è chiaro, la causa, ma solo una conseguenza, e l'espressione topografica, cioè, sul piano delle fonti di cognizione di quella distinzione tra fonti di produzione che di siffatta autonomia costituiva l'autentica cifra.

All'*unificazione formale* del diritto privato si è accompagnata, del resto, sul piano questa volta *sostanziale*, la scelta di prevedere una *disciplina generale*, ed unitaria, dei rapporti economici dei privati, incentrata sulle figure dell'autonomia negoziale e del contratto: e se la prima opzione, quella cioè a favore dell'unità, formale, del diritto privato appare culturalmente irreversibile<sup>1</sup>, ed anzi anticipatrice di tendenze affiorate anche altrove, la tenuta della seconda, tributaria come è di una visione datata e riduttiva della realtà, merita invece di essere attentamente rimeditata.

---

\* Il lavoro riproduce il testo della relazione tenuta a Torino il 16 marzo 2018 nell'ambito della IV sessione del Convegno *Codex. Ideologie e tecniche di (ri)codificazione del diritto privato*, prima parte dell'iniziativa *Legacy. Giornate dedicate a Stefano Rodotà*.

<sup>1</sup> DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *ODC Rivista*, 3/2015, 3 ss., e MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi, ivi*, 3/2015, 4 ss.

A dispetto della sua portata dichiaratamente generale, la disciplina in esame risulta, infatti, modellata, in primo luogo, intorno ad una soltanto delle espressioni dell'*autonomia privata*, quella cioè, *individuale*, del *contratto*, tralasciando i fenomeni in cui l'*autonomia*, pur sempre *privata*, presenti una struttura *collettiva*, quei fenomeni cioè che prendono forma nella *deliberazione* e nel *procedimento*, tuttora privi di una corrispondente regolamentazione generale: la mancanza della quale ha condotto non soltanto la dottrina, ma anche il legislatore, a ricavarne, anche terminologicamente, la disciplina, a partire da quella dell'*invalidità*, da quella del *contratto*, e ad integrarla attingendo, appunto, da quest'*ultima*; non è, tuttavia, di siffatto problema che si intende discorrere: si tratta, infatti, di un tema ben noto, che ha già ricevuto, e da tempo, conveniente sistemazione<sup>2</sup>, ed al quale peraltro risulta dedicata altra sessione del convegno.

In secondo luogo, e più in particolare, il modello generale al quale il sistema sembra ricondurre i rapporti economici privati è rappresentato da uno specifico contratto, quello di scambio, funzionale, e proprio in quanto tale, a regolare una specifica operazione, la quale, di là dalla sua perdurante rilevanza, non vale certo ad esaurire l'intero ambito dell'*agire economico*, soprattutto in un momento storico, come quello attuale, caratterizzato dalla centralità dei fenomeni genericamente definibili come finanziari.

A sua volta, la posizione non solo centrale, ma assorbente, riconosciuta all'*operazione economica di scambio*, e allo strumento, il contratto appunto di scambio, o a prestazione corrispettive, nel quale essa prende forma giuridica, ha condotto non tanto e non solo, in una prospettiva concettuale, a ricondurre, artificialmente, ogni rapporto patrimoniale privato, a partire da quello di finanziamento, al rapporto di scambio, con l'esito di occultare la ricchezza e la varietà degli schemi che caratterizzano l'*agire privato*, svalutando i tratti distintivi di ciascuno di essi: come dimostra la diffusa abitudine a ricostruire un fenomeno tipicamente finanziario, come l'*emissione delle azioni*, nei termini, apparentemente innocui, ma in realtà gravidi di conseguenze applicative, di scambio tra conferimento e partecipazione, e, prima ancora, e più in generale, la tendenza a definire lo stesso finanziamento in termini di operazione di scambio, in particolare tra

---

<sup>2</sup> FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, ed. provv., Milano, Giuffrè, 1976 (rist. inalt., Milano, 1993), 48 ss.

denaro presente e denaro futuro<sup>3</sup>; ma anche, e soprattutto, a sottoporre ogni rapporto economico privato a regole e principi che, per quanto formalmente generali, risultano in realtà sorti in relazione allo scambio, al quale soltanto adeguati: ed è proprio alla segnalata pervasività dello scambio e delle sue logiche, che ha spinto ad individuare nella “transazione”, intesa appunto nei termini, riduttivi, di scambio, “l’unità elementare di analisi”<sup>4</sup>, e dunque di misura, del sistema, economico, prima ancora che giuridico, che sembrano doversi ricollegare una serie di convinzioni che, per quanto ormai addirittura ovvie, rappresentano, a ben vedere, il frutto di altrettante generalizzazioni, indebite e sistematicamente pericolose.

Si pensi alla tendenza a considerare la disciplina di ogni rapporto economico privato, di ogni contratto cioè, in via di principio rimessa alla *libera volontà delle parti*: una regola, questa, che caratterizza indubbiamente i sistemi di mercato, fondati appunto sul libero scambio, ma che viene automaticamente estesa, talora anche dal legislatore (significativa, a questo profilo, appare la regola che consente alla società di determinare, per quanto “nei limiti imposti dalla legge”, pur sempre “liberamente” il contenuto delle azioni: art. 2348, 2° comma, c.c.), ad operazioni diverse, a partire da quelle genericamente definibili come finanziarie, rispetto alle quali, invece, come dimostra, a tacer d’altro, il peculiare regime degli interessi, il ruolo riservato alla volontà dei privati appare senz’altro più ristretto: un ruolo, questo, tuttavia oscurato dalla convinzione, solo apparentemente innocua, e men che meno necessitata, che il principio di “libero finanziamento” rappresenti l’immancabile complemento, ed il logico completamento, di quello di “libero scambio”.

Si pensi altresì alla tendenza, che della prima non rappresenta altro, a ben vedere, che il coerente sviluppo, a considerare le disposizioni normative destinate a regolare i rapporti economici privati come in via di principio derogabili, in quanto espressione, ed esito, di una sorta di simulazione di libera ed efficiente negoziazione tra le parti, e cioè in quanto strumenti che l’ordinamento, al mero fine di facilitarne la conclusione, metterebbe a disposizione dei privati, senza tuttavia in alcun modo impedire a costoro di regolare

---

<sup>3</sup> V., per tutti, FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978, da p. 749 (ma già in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, da p. 143), 756, 759 e 761, e ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 132.

<sup>4</sup> DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, da p. 13 (e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2015, da p. 793), p. 22.

altrimenti i propri interessi. In realtà siffatta generalizzata (presunzione di) derogabilità, che ben si presta ad essere predicata, ancora una volta, al più in ordine alla disciplina dei tipi contrattuali di scambio, viene progressivamente riferita a complessi normativi diversi, con la conseguenza, se non anche con l'intenzione, di ampliare gli spazi di operatività dell'autonomia privata, legittimandola ad operare in ambiti che, almeno originariamente, le erano in gran parte preclusi, come quelli della garanzia e della responsabilità patrimoniale, da un lato, e della organizzazione, innanzitutto societaria, dall'altro. Quanto, in particolare, alla disciplina delle società di capitali, è diffusa la tendenza a raggiungere tale esito attraverso un ragionamento che, come ha avuto modo di notare in un recente convegno Marco Saverio Spolidoro a proposito del controllo individuale del socio di società a responsabilità limitata, muove dalla premessa della qualificazione di ogni prerogativa riconosciuta ai soci dalla disciplina positiva in termini di diritto soggettivo, passa per l'affermazione della natura tipicamente disponibile di siffatta posizione giuridica, in quanto volta a tutelare interessi economici esclusivamente riferibili al suo titolare, per giungere alla conclusione, a ben vedere implicita nella premessa, della natura derogabile delle norme di legge che le prevedono, con ciò trasformando, surrettiziamente, il problema della derogabilità di una norma di legge in quello della disponibilità di una situazione giuridica soggettiva.

Proprio la segnalata pervasività dello scambio e delle sue logiche suggerisce quantomeno di rivedere il significato della previsione di un'unica disciplina generale dell'autonomia privata, al fine di verificare se non risulti invece preferibile, da un lato, prevedere, accanto alla disciplina generale o del *negozio*, cioè degli atti di *autonomia privata individuale*, quella, altrettanto generale, della *deliberazione*, in quanto strumento dell'*autonomia privata collettiva*, e, dall'altro, riarticolare la stessa disciplina generale del contratto, al fine, si noti, non soltanto di differenziare, all'interno della categoria dei contratti di scambio, la disciplina delle concrete operazioni, in funzione, come di recente precisato<sup>5</sup>, non già della qualificazione soggettiva delle parti, quanto piuttosto dei tipi di problema in concreto sollevati: ma anche, e prima ancora, di diversificare la disciplina dei diversi contratti in ragione della "natura" del rapporto economico che prende forma in ciascuno di essi.

---

<sup>5</sup> MAUGERI, *Diritto civile*, cit., 14.

Si tratterebbe cioè di affiancare alla disciplina, assai più rarefatta di quella attuale, del contratto in generale, sempre che non la si intenda far rifluire in quella del negozio, complessi di norme destinate a disciplinare, parimenti in generale, non soltanto lo scambio, ma ciascuna delle diverse operazioni economiche che prendono forma nel contratto, a partire dal finanziamento: il che, a sua volta, permetterebbe di distinguere tra loro siffatte discipline sulla base del medesimo criterio, quello cioè fondato sulla natura del rapporto economico del quale rappresentano la specifica forma giuridica, e di superare l'abitudine ad istituire confronti tra termini disomogenei, come quello, diffusissimo, volto a contrapporre ai contratti di scambio quelli associativi, i quali costituiscono la forma giuridica non già, come i primi, di una determinata operazione economica, bensì di un fenomeno economicamente neutro come quello dell'organizzazione di un'attività.

2. *I rapporti economici: scambio e finanziamento.* – In questa prospettiva, tra i diversi rapporti economici diversi dallo *scambio* vale la pena di soffermarsi su quello del *finanziamento*, in ragione non soltanto della già segnalata centralità che esso assume nell'attuale sistema economico, ma della circostanza che le due operazioni presentano tra loro differenze a tal punto profonde da richiedere, inevitabilmente, l'applicazione di regole tra loro altrettanto diverse.

Al fine di impostare un confronto, in termini del tutto generali, tra i due tipi di rapporti economici in questione, si rende opportuno assumere il punto di vista della *prestazione*: da questo punto di vista, lo *scambio* si risolve nell'esecuzione, *contestuale*, anche se non necessariamente immediata (ben potendo le parti impegnarsi a darvi esecuzione, bensì contestualmente, ma in un momento successivo), di *due prestazioni corrispettive*, aventi ad oggetto entità tra loro diverse, almeno una delle quali viene in considerazione per l'*utilità* che da essa ci si ripromette di ricavare.

Il *finanziamento*, al contrario, coinvolge non già due, ma *un'unica prestazione*, che viene eseguita unilateralmente da una parte, il finanziatore, e, ma solo di regola, restituita dall'altra, il finanziato: prestazione che, a differenza di quella di scambio, presenta un oggetto che, nella considerazione delle parti, assume rilevanza unicamente per il suo *valore*; è proprio tale valore, infatti, a costituire l'autentico oggetto della dazione e, rispettivamente, della restituzione: solo in questa prospettiva, infatti, appare logicamente

possibile parlare di restituzione anche a proposito di prestazioni aventi ad oggetto entità diverse da quelle materialmente oggetto della dazione, solo considerando cioè tali entità esclusivamente in termini di veicolo del valore che rappresenta l'autentico oggetto di quella che, allora, ben può dirsi un'unica prestazione.

Il finanziamento, pur potendo esaurirsi, come accade nella forma del finanziamento a fondo perduto, nella sola dazione, e cioè nell'esecuzione della prestazione finanziaria, prevede, di norma, la restituzione del corrispondente valore: restituzione che, per quanto eventuale, risulta necessariamente successiva alla dazione, non avendo senso economico, prima che giuridico, prevedere la contestuale restituzione del valore ricevuto (trattandosi, allora, di uno dei casi in cui, in mancanza di una espressa pattuizione, è la "natura" dell'operazione ad escludere l'immediata scadenza dell'obbligazione restitutoria ed a richiedere la fissazione di un termine), allo stesso modo in cui non avrebbe senso, si noti, uno scambio tra prestazioni aventi ad oggetto la medesima utilità.

Più in generale, le operazioni in questione presentano una struttura tra loro non solo diversa sotto il profilo dell'*oggetto*, rappresentato, come detto, nell'un caso da utilità, tra loro necessariamente diverse, e nell'altro da un valore, per definizione unico, ma addirittura contraria, sotto quello *cronologico*: ciò nel senso che alla necessaria distanza temporale tra la dazione e la (eventuale) restituzione della medesima prestazione finanziaria si contrappone la parimenti necessaria contestualità tra le due prestazioni di scambio.

Oltre che *corrispettive*, le prestazioni di scambio risultano, come detto, per definizione *contestuali*: il che, deve avvertirsi, non vale affatto ad escludere la legittimità della previsione, peraltro assai diffusa, di una sfasatura temporale del momento in cui ciascuna di esse deve essere eseguita; quanto piuttosto richiede di ricollegare ad una previsione siffatta, in vero perfettamente legittima, un arricchimento, e per certi versi una modificazione, della funzione dell'operazione, che infatti si è soliti indicare con l'espressione, in vero eloquente, di scambio a credito<sup>6</sup>, appunto perché essa, oltre a quello di scambio, finisce per assumere altresì il valore di finanziamento concesso a favore della controparte da chi è tenuto ad eseguire per primo la propria prestazione, per un valore

---

<sup>6</sup> ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano-Torino-Roma, 1917 (rist., Milano, Giuffrè, 1962), 3 ss.

pari a quello dell'oggetto di quest'ultima: finanziamento del quale l'esecuzione, successiva, della prestazione dell'altra parte rappresenta, parallelamente, la restituzione.

Sono proprio quelli in esame, infatti, i caratteri che la disciplina che anche nell'attuale sistema è diretta a regolare esclusivamente i contratti di scambio, appare diretta a garantire: e cioè, appunto, da un lato, la *corrispettività* tra le prestazioni, attraverso lo strumento della risoluzione (per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta), che consente di svincolarsi dall'obbligo di eseguire la propria prestazione ogni qual volta l'altra parte non abbia eseguito nei tempi pattuiti la propria, indipendentemente dal fatto che la mancata esecuzione si configuri come inadempimento in senso tecnico (come accade qualora l'esecuzione della prestazione risulti ancora possibile o sia divenuta impossibile per causa imputabile alla controparte) o meno (nel caso in cui l'impossibilità della prestazione sia dipesa da causa ad essa non imputabile); e, dall'altro, la loro *contestualità*, mediante il meccanismo dell'eccezione di inadempimento, che consente di evitare di eseguire la prestazione fino a quando la controparte non abbia eseguito la propria, allora sulla premessa, implicita, che si tratta, in via di principio, di prestazioni destinate ad esserlo contestualmente: tanto che, in presenza di una diversificazione dei tempi di esecuzione delle due prestazioni, trova applicazione una disciplina diversa (e significativamente analoga a quella prevista in tema di promessa di mutuo, a conferma della configurazione anche finanziaria che la relativa operazione finisce per assumere), che consente a chi è tenuto ad eseguire la propria prestazione per primo, e cioè a chi si è impegnato ad assumere la posizione di finanziatore, di rifiutarsi di farlo qualora le condizioni patrimoniali della controparte siano divenute tali da porre in evidente pericolo l'esecuzione, al momento pattuito, della corrispondente prestazione.

La reciprocità e la contestualità delle prestazioni, che valgono a caratterizzare l'operazione di scambio dal punto di vista oggettivo, si riflettono, nella dimensione soggettiva delle parti, nella loro *eguaglianza formale*: eguaglianza che si coglie, oltre che nell'abitudine a riferirsi ad entrambi i soggetti dello scambio con il termine, neutrale, ed identico, di parti, non solo, sul piano giuridico, nel fatto che esse ricoprono, nell'ambito del relativo rapporto, una posizione reciprocamente speculare, risultando, ciascuna, creditore di una prestazione e debitore dell'altra, ma anche, e prima ancora, su quello economico, dal momento che lo scambio intercorre, per definizione, tra soggetti

attualmente titolari di utilità, delle quali ciascuno intende farsi, reciprocamente, alienante ed acquirente.

A sua volta, è proprio siffatta eguaglianza formale a giustificare, allora limitatamente allo scambio, due principi, relativi rispettivamente all'ambito di operatività dell'autonomia negoziale e alle regole dalla stessa poste, che invece si è soliti riferire, più in generale, ad ogni rapporto economico privato. Si allude, da un lato, al riconoscimento ai privati di una libertà pressoché illimitata, almeno di regola, nella fissazione dell'equilibrio, cioè della "ragione", di scambio (vale a dire, negli scambi monetari, del prezzo): libertà, questa, il cui presupposto, ma, allo stesso tempo limite, è costituito proprio nell'eguaglianza formale che caratterizza lo scambio, dal momento che non ogni accordo privato, ma solo quello tra (privati) eguali, ancorché solo formalmente tali, si presta ad essere considerato attendibile espressione di autentica autonomia; e, dall'altro, all'impegnatività in senso forte ricollegata al consenso delle parti, vale a dire alla sua idoneità a far sorgere non soltanto generici doveri di comportamento, ma vere e proprie obbligazioni coattivamente realizzabili, attraverso, in particolare, l'azione diretta all'adempimento, in vero espressamente prevista per i soli contratti a prestazioni corrispettive, cioè di scambio, ed estesa, forse non del tutto meditatamente, anche a quella vicenda, tipicamente finanziaria, rappresentata dai conferimenti solo ad opera della riforma organica delle società di capitali (alle quali la relativa regola risulta d'altra parte circoscritta).

Il finanziamento, al contrario, si instaura tra soggetti *formalmente diseguali*, tanto che si è soliti indicarli con i termini, tra loro diversi, di finanziatore e, rispettivamente, di finanziato: costoro, infatti, se, in una dimensione giuridica, ricoprono, sempre che l'operazione non si caratterizzi a fondo perduto, i ruoli, tra loro opposti, di creditore e, rispettivamente, di debitore dell'unico rapporto obbligatorio, sul piano economico, si presentano il primo come titolare di una quantità di valore della quale è attualmente in grado di privarsi (a seconda dei casi in via temporanea o addirittura definitiva) senza ricevere contestualmente nulla in cambio, e dunque, per dir così, unilateralmente, ed il secondo come soggetto che intende acquisire in termini parimenti unilaterali un valore del quale risulta attualmente privo.

La *diseguaglianza formale* dei soggetti dell'operazione di finanziamento, che vede il finanziatore ricoprire istituzionalmente una posizione di forza nei confronti del finanziato,

vale non soltanto a rendere inattendibile l'accordo da costoro raggiunto sulla misura dell'eventuale remunerazione spettante al secondo, e dunque ad escludere l'opportunità di affidarne la determinazione alla libera negoziazione tra diseguali, ma anche, ed ancor più radicalmente, a riconoscere alla relativa operazione una *funzione di sovvenzione*: ed è proprio siffatta funzione, che, oltre a dar ragione del carattere solo eventuale di una remunerazione siffatta, e con essa della stessa onerosità dell'operazione (se non anche ad individuare in quello a fondo perduto, o comunque gratuito, la forma più autentica di finanziamento), richiede di contenere il suo ammontare, ad esclusiva tutela del *finanziato*, entro limiti (massimi) tali da non snaturare il significato dell'operazione, a conferma dell'impossibilità di ricostruire il finanziamento in termini di scambio di valori presenti con valori futuri, come pure di definire gli interessi come una sorta di "prezzo", e cioè di corrispettivo, della prima, trattandosi, invece, e soltanto, di una forma di "remunerazione" tipica delle operazioni finanziarie di credito (che si distingue da forme di remunerazione di diverse prestazioni finanziarie, come quella, propria delle operazioni di rischio, degli "utili").

La funzione di sovvenzione, del resto, non si limita a rappresentare la ragione ultima della tendenza, sorta in ambito religioso, prima ancora che in quello giuridico<sup>7</sup>, se non addirittura ad escludere la produttività del capitale dato a prestito, a porre comunque limiti massimi alla misura degli interessi, ed anzi a sanzionare il loro superamento non solo civilmente, attraverso la nullità della relativa pattuizione, ma anche penalmente dalle norme in materia di usura: ma finisce per riconoscere alla decisione di finanziare un altro soggetto un significato, se non addirittura liberale, quantomeno "altruistico", che richiede, a tutela, questa volta, del *finanziatore*, di garantire l'*attualità*, e dunque la *spontaneità*, della volontà di concederlo.

A questo fine, l'ordinamento mostra di valorizzare il ruolo della *concreta esecuzione della prestazione finanziaria*, ridimensionando, parallelamente, la portata dell'assunzione del *mero impegno* di effettuarla, al quale viene in vero riconosciuta una *vincolatività ridotta*, insufficiente, cioè, a permettere l'esecuzione in via coattiva, in ragione del suo (intero) ammontare, della prestazione promessa, e idonea, invece a far sorgere al più una sorta di

---

<sup>7</sup> Come si è avuto modo di osservare nel lavoro *Variazioni in tema di finanziamento, etica e religione*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, a cura di Palma, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2013, da 362, 363 ss.

responsabilità da affidamento, allora circoscritta al risarcimento del c.d. interesse negativo<sup>8</sup>: ed è proprio in questo senso, ed in questi limiti, che la *realità* propria di tutti i contratti restitutori, derivante dall'esigenza, tipologica, che solo ciò che si è ricevuto si presta ad essere restituito, si arricchisce, in ordine a quelli di finanziamento, di un significato ulteriore, si direbbe normativo, volto appunto ad escludere il sorgere, sulla base di una mera promessa, di una vera e propria obbligazione di effettuare il finanziamento (analoga cioè, tra le altre, a quella avente ad oggetto la sua restituzione), e proprio per ciò indisponibile da parte dell'autonomia negoziale.

3. (segue): *finanziamento all'impresa e mercati finanziari*. – Quanto detto in ordine, in generale, alla funzione del finanziamento non si presta, tuttavia, ad essere esteso alle operazioni dirette a finanziare *un'impresa*, le quali assumono un significato ben diverso, anche in una dimensione assiologica, da quello, originario, di sovvenzione, se non addirittura ad essa opposto: esse presentano, infatti, vale una funzione *speculativa*, che si coglie in termini per così dire estremi nell'ipotesi in cui si tratti di *impresa societaria*, o, meglio, in relazione a quella specifica forma di finanziamento dell'impresa rappresentata appunto dalla società; in questo caso, infatti, il finanziato, e cioè la società, non solo è “artificialmente” creato da una specifica categoria di finanziatori, i soci, ma si presta ad essere da loro distinto *solo formalmente*, e non anche sostanzialmente; a sua volta, l'*identità* che, sul piano appunto *sostanziale*, è dato rinvenire *tra soci finanziatori e società finanziata*, nello stesso momento in cui consente di configurare la *struttura* della relativa operazione in termini di *auto-finanziamento*, e cioè, tecnicamente, di investimento, rende plasticamente evidente l'impossibilità logica di riconoscere alla stessa una pur marginale *funzione* di sovvenzione, facendo, conseguentemente, venire meno l'esigenza stessa di tutelare la società finanziata: la quale, in vero, assume un ruolo a tal punto *strumentale* rispetto agli interessi dei finanziatori, che la loro remunerazione si estende all'intera eccedenza, rispetto al capitale conferito, del valore netto del patrimonio sociale, risultando, per quanto incerta, potenzialmente illimitata.

Se, anzi, si considera che la possibilità di restituzione del finanziamento concesso all'impresa dipende fundamentalmente dalla capacità di quest'ultima di produrre in

---

<sup>8</sup> TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1982, 51 ss., spec. 55 ss.

concreto nuova ricchezza, appare chiaro che, in concreto, anche i finanziatori risultano in quanto tali esposti, per quanto indirettamente, al rischio di impresa, della quale, tuttavia, non sempre risultano in grado di controllare, o financo di conoscerne, l'andamento: il che fa sorgere allora l'esigenza di tutelare innanzitutto il *finanziatore*, in quanto appunto *creditore*, e segnatamente *creditore di impresa*, e l'“affidamento” da esso riposto nelle potenzialità reddituali dell'impresa, dalle quali come detto dipende la stessa possibilità di ottenere la restituzione del finanziamento.

L'istituzionale disequaglianza tra finanziatore e sovvenuto, che come detto caratterizza l'originaria configurazione dell'operazione di finanziamento, distinguendola dallo scambio, si riscontra dunque anche nell'ambito del finanziamento all'impresa, in ordine al quale tuttavia essa si riproduce non solo in termini per certi versi capovolti, ma nella forma, del tutto inedita, di *asimmetria informativa*: in tal caso, infatti, per un verso a presentarsi come parte “debole” non è il finanziato, e cioè l'impresa, ma, come detto, il finanziatore; e, per altro verso, la *disparità di posizioni* risulta fondata sul diverso grado di disponibilità non già di *risorse*, come nell'originaria configurazione dell'operazione, ma di *informazioni*: ed è proprio in questa prospettiva che si prestano ad essere tra loro contrapposti, in primo luogo, i finanziatori “esterni”, e cioè i creditori, ai soci, e cioè agli investitori, e poi anche, nelle forme più sofisticate di organizzazione dell'impresa, soprattutto di significative dimensioni, i soci di maggioranza, o comunque di controllo, a quelli di minoranza, ed infine, nei *mercati finanziari*, i c.d. *insiders*, indipendentemente dalla veste giuridica in concreto eventualmente ricoperta all'interno della società emittente, al mercato complessivamente considerato.

Ciò non toglie che una linea di continuità, e proprio nella dimensione assiologica, tra l'operazione, *micro-economica*, di finanziamento e l'ambito, *macro-economico*, del mercato finanziario, si presta comunque, ma più in profondità, ad essere rintracciata.

Si consideri, infatti, che la tutela originariamente accordata al finanziato, attraverso il divieto di praticare tassi usurari, se non addirittura di prevedere un interesse, era diretta, in ultima analisi, ad impedire una indiscriminata appropriazione da parte del finanziatore delle risorse che il sovvenuto si sarebbe procurato attraverso lo svolgimento di attività remunerate: ad evitare cioè che costui, una volta ricevuto un finanziamento, finisse per subire, in forza della misura della remunerazione promessa al finanziatore, una sistematica, ed integrale, spoliatura del frutto del suo *lavoro*, e dunque una sorta di

riduzione in schiavitù; d'altro canto, nei mercati finanziari, ad assumere la posizione di soggetto debole, in quanto istituzionalmente disinformato, privo cioè delle necessarie informazioni, non è tanto il singolo finanziatore, ma il pubblico dei *risparmiatori*, e cioè il *risparmio* oggettivamente considerato: il quale, in una prospettiva macro-economica, rappresenta appunto il complesso delle risorse ricavate dal *lavoro* e non consumate.

Tutto ciò, a sua volta, consente di instaurare un parallelismo tra il “bisogno di protezione” del *sovvenuto* e, rispettivamente, del *risparmiatore*, non tanto e non solo sotto l'aspetto, generico, della *debolezza* della rispettiva posizione contrattuale, bensì in relazione al profilo, specifico, del *lavoro* e della destinazione dei suoi frutti: pur trattandosi, in un caso, del *lavoro futuro* e, nell'altro, come appare particolarmente evidente nella figura dei c.d. fondi pensione, di *lavoro passato*, in entrambe le ipotesi viene, pur sempre, in considerazione l'esigenza di scongiurare il rischio di vedersi sottratto, all'esito di una operazione di finanziamento, il frutto del proprio lavoro, il rischio cioè di *dover lavorare* e, rispettivamente, di *aver lavorato* per altri, e cioè, rispettivamente, per l'usuraio e per la finanza speculativa.

4. *La funzione ecologica.* – Tanto il confronto tra scambio e finanziamento, quanto l'analisi dell'evoluzione della funzione di quest'ultimo, sono stati condotti tentando di muovere dalla natura delle cose, o, meglio, dei corrispondenti rapporti economici: ed è proprio quella di studio delle “*relazioni degli organismi con il mondo esterno che li circonda*”, e cioè di una sorta di “*economia della natura*” o di “*economia naturale*”, vale a dire dei “reciproci rapporti di tutti gli organismi che vivono gli uni con gli altri in un medesimo sito”, la definizione dell'ecologia, o, meglio, dei c.d. fatti ecologici, proposta da chi per primo ha introdotto queste espressioni nell'ambito del linguaggio scientifico<sup>9</sup>.

La proposta di riarticolare il diritto patrimoniale privato in ragione dei diversi rapporti economici, nel momento stesso in cui, muovendo dall'analisi della “natura dell'economia”, finisce per assumere una prospettiva capovolta rispetto all'ecologia, quantomeno se intesa nei termini, originari, di “*economia della natura*”, finisce, tuttavia, per coglierne il senso profondo: proprio, e solo, spostando l'attenzione dalla natura fisica e dagli organismi viventi alla persona umana e ai rapporti sociali, ed in particolare

---

<sup>9</sup> Si allude a HAECKEL, *Storia della creazione naturale*, VIII ed., trad. it., Torino, 1892, 457 (enfasi nell'originale).

economici, che si instaurano tra coloro che operano nel medesimo ambito, appare, infatti, possibile attingere a quella “ecologia dell’uomo” nella quale è stata autorevolmente indicata<sup>10</sup> la più alta, e più autentica, forma di ecologia, e che rappresenta, a ben vedere, l’obiettivo ultimo di ogni consapevole tentativo di adeguare il sistema giuridico alle concrete esigenze che l’attuale contesto storico solleva.

---

<sup>10</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso* tenuto al Reichstag di Berlino il 22 settembre 2011.