

**tratto da:**

**SILVIA GASPARINI, *Appunti minimi di storia del diritto, 1, Antichità e medioevo, Padova: Imprimerie, 2000***

### **(...) Disciplina sostanziale di alcuni istituti [mercantili]**

#### *a. Compravendita*

Il negozio cui il diritto mercantile rivolge la disciplina più attenta e dettagliata è la compravendita, nell'ambito della quale il venditore –in quanto creditore del prezzo– gode di una posizione di netto favore; il motivo è duplice.

Anzitutto, per quanto nella normale attività commerciale il mercante si trovi volta a volta a ricoprire sia la posizione di compratore (di materie prime o di prodotti artigianali all'ingrosso) che quella di venditore (ad altri grossisti o ai consumatori), è però altrettanto vero che, quando compra, il mercante si trova già, per motivi economici, in una posizione di forza nei riguardi del venditore: egli si presenta infatti solitamente come un monopsonista rispetto ai suoi fornitori, e dunque è già in grado di far prevalere i propri interessi senza necessità di alcuna ulteriore tutela in forma specificamente giuridica. Questa è viceversa di insostituibile utilità ove si consideri la posizione del mercante nel momento in cui si trova nel ruolo di rivenditore verso i grossisti e ancor più verso i consumatori, e interessato come tale a diminuire il rischio di mancati guadagni dovuti all'inadempienza di acquirenti occasionali e spesso poco affidabili.

Un secondo motivo va ricercato nella considerazione che una rafforzata tutela del venditore è resa opportuna dalla diffusione di forme di compravendita in cui lo scambio della cosa contro il prezzo non è contestuale: è il caso del pagamento a termine, del contratto a distanza... Una volta ottenuta la consegna della merce, l'acquirente gode infatti immediatamente e per ciò stesso dei rapidi ed efficaci mezzi di tutela a disposizione del possessore, anche nel caso in cui si riveli in seguito inadempiente rispetto all'obbligazione di versare il corrispettivo; il venditore insoddisfatto si trova viceversa di fronte a notevoli difficoltà (se non altro, probatorie) per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento e ricuperare il possesso della cosa consegnata e non pagata, rimasta nelle mani del compratore.

La tutela del mercante venditore si attua tramite istituti elaborati dal solo *ius mercatorum* e ignoti, o di applicazione limitata, nel diritto romano; assai spesso tali istituti si manifestano quali elementi naturali del contratto, ovvero quali accordi impliciti nella volontà delle parti, a meno di essere esclusi da espressa, diversa (o contraria) pattuizione.

Ad esempio, è elemento naturale della compravendita mercantile l'esclusione di proroghe del termine stabilito per il pagamento, ad evitare che il creditore sia costretto a ritardare la sua partenza per altri mercati in attesa della nuova scadenza; ancora, non è ammessa su iniziativa del debitore la *datio in solutum*, ovvero la possibilità per l'acquirente debitore di liberarsi dall'obbligazione tramite il conferimento di beni diversi dal denaro (o, al limite, tramite la restituzione degli stessi beni venduti, a meno che appunto non sia il venditore a invocare la risoluzione per inadempimento): tali beni rappresenterebbero infatti un valore non immediatamente liquidabile –altrimenti vi avrebbe già provveduto lo stesso debitore, per procurarsi il denaro dovuto– e foriero inoltre di spese ulteriori per il suo trasporto o magazzinaggio.

E' poi elemento naturale del contratto la statuizione che il ritardo nell'adempimento sia produttivo di interessi, senza necessità che il creditore provi il lucro cessante.

A favore del creditore del prezzo va infine la prassi dell'esclusione della garanzia per vizi redibitori, che nel caso della vendita di bestiame grosso viene detta *vendita per la capezza* e che contribuisce fin dall'età medievale al proliferare di ingegnosi espedienti e palliativi

(alcuni dei quali rimasti in uso fino a tempi recenti, sostituiti ora dai più raffinati ritrovati della farmacopea odierna) per dissimulare temporaneamente malattie o difetti dell'animale venduto.

#### *b. Tutela dell'acquirente di cosa mobile*

A immediato favore dell'acquirente –ma ancora una volta con una indiretta ricaduta positiva sul mercante come venditore– viene invece istituita una particolare forma di tutela: essa è rappresentata dall'esclusione della rivendica, da parte del proprietario, della cosa posta in vendita da un mercante e acquistata da un terzo, perfino se la cosa stessa sia di provenienza furtiva e comunque indipendentemente dal fatto che il terzo acquirente sia in buona o in mala fede.

La norma sembra a prima vista rivolta a tutelare il fatto del possesso attuale da parte dell'acquirente, a preferenza della situazione di diritto del proprietario che ha perduto il possesso della cosa; ma un esame più attento permette di rilevare che, non essendo richiesta la sussistenza in capo al terzo del requisito della buona fede, l'applicazione dell'istituto prescinde del tutto da finalità equitative di tutela del possessore onesto e diligente. Il vero destinatario, per quanto indiretto, di questo mezzo di tutela è piuttosto il mercante venditore: si introduce infatti una presunzione *iuris et de iure* –ovvero contro la quale nessuna prova è ammissibile– secondo cui il mercante è titolare della facoltà di alienare non solo efficacemente, ma anche validamente, qualunque merce egli ponga in vendita.

Si vede dunque come la presunzione tenda a presentare la figura del singolo mercante, così come pure l'intero ceto mercantile, quali titolari di una posizione di affidabilità e prestigio indiscutibili, e valga a costituire in capo ad essi una spiccata preferenza quali interlocutori economici.

#### *c. Locazione–conduzione*

Un altro aspetto della posizione di particolare favore per il ceto mercantile si riscontra nell'ambito dei contratti di locazione degli immobili in cui ha sede l'attività commerciale.

E' evidente che il mercante non ha convenienza a impegnare somme, magari considerevoli, per acquistare la titolarità di diritti reali su botteghe e magazzini, sedi dell'azienda in patria e di filiali all'estero. Ciò comporterebbe infatti la sottrazione di capitali alle speculazioni mobiliari e potrebbe inoltre essere di intralcio –a causa dell'inevitabile difficoltà nel rivendere vantaggiosamente in tempi brevi l'edificio– ove si rendesse necessario trasferire rapidamente la sede dell'attività su altre piazze. Vi si aggiunga la considerazione che la qualità di straniero, rivestita dal mercante che intenda procurarsi la disponibilità di fondaci o magazzini fuori sede, rappresenta spesso un titolo di esclusione o riduzione della capacità di agire, specie in rapporti di natura immobiliare, e rende difficile o impedisce del tutto l'acquisto di diritti reali sugli edifici.

I mercanti dunque preferiscono procurarsi la disponibilità di botteghe e magazzini tramite rapporti di locazione, le cui condizioni contrattuali risultano per loro tanto più favorevoli quanto più il ceto mercantile riveste un ruolo di prestigio e di influenza politica nella vita cittadina e quanto più la presenza di mercanti stranieri è considerata fonte di ricchezza economica: ad esempio, tali contratti locativi giungono spesso a contemplare il blocco del canone e termini di durata lunghissimi o addirittura perpetui (*ius stantiandi*, "diritto a rimanere") a tutela di quello che oggi si definirebbe l'avviamento. Si tratta, d'altra parte, di diritti pur sempre rinunciabili, di modo che il mercante può recedere dalla locazione anche senza preavviso, o con preavviso assai breve, ove le circostanze lo richiedano ed egli trovi conveniente spostare altrove la sede della sua attività.

La situazione dei mercanti in rapporto alla disponibilità degli immobili in cui ha sede l'azienda è in qualche modo assimilabile a quella creatasi in molte città europee, per motivi però del tutto diversi, in capo agli Ebrei: non essendo loro riconosciuta –in base alla loro

qualità personale di appartenenti a una religione discriminata– la capacità giuridica di essere titolari di diritti reali immobiliari, si impone nella prassi il contratto cosiddetto di *gazagâ*. Esso appare assimilabile sotto alcuni aspetti a una locazione perpetua ed ereditaria con canone fisso di natura ricognitiva; viene comunque negata alla posizione del “locatore” la natura di diritto reale. Sotto il profilo funzionale, tuttavia, il contratto di *gazagâ* rappresenta comunque in pratica un’alienazione definitiva dal proprietario al “locatore” di ogni facoltà di utilizzazione del bene, nonché della facoltà di alienare ad altri la propria posizione.

#### *d. Il finanziamento dell’impresa nel medioevo*

L’attività bancaria è rivolta nel medioevo prevalentemente al cambio delle valute: in un’epoca in cui non è attribuito un valore nominale alle divise, e queste hanno dunque in sostanza natura di merce, tale attività rappresenta null’altro che un particolare ramo del commercio.

La funzione di finanziamento delle iniziative mercantili non è assolta dunque tramite il credito bancario, ma piuttosto trova modo di svolgersi in forme societarie, sviluppatesi secondo una tipologia che varia in ragione dell’assetto del capitale investito. Alcune di esse infatti si modellano sulle esigenze della collaborazione tra i soli membri del ceto mercantile; altre invece danno forma giuridica a iniziative volte al coinvolgimento nel rischio di impresa di altri ceti abbienti, i cui membri trovano economicamente conveniente investire capitali in imprese mercantili pur restando personalmente estranei all’esercizio professionale della mercatura.

#### *e. La fraterna o compagnia in confronto alla *societas romana**

Tra le forme societarie più diffuse entro il ceto mercantile, emerge la *fraterna*. Si tratta in origine del proseguimento della comunione ereditaria tra i figli del defunto, quando questi preferiscono mantenere unito il patrimonio familiare per non diminuirne la produttività dividendolo; in ambito mercantile, la *fraterna* rappresenta la continuazione dell’attività del mercante defunto da parte dei suoi figli ed eredi in forma collettiva.

E’ intuitivo che la divisione tra gli eredi della massa ereditaria –costituita, in parte significativa, dai beni dell’azienda– porterebbe alla dissoluzione dell’unità produttiva che questa rappresenta e alla perdita dell’avviamento, oltre che a una indesiderata concorrenza tra i coeredi che volessero proseguire individualmente l’attività paterna. Si aggiunga a ciò il fatto che assai spesso i figli vengono coinvolti nell’attività mercantile –con varie mansioni e qualifiche– quando il padre è ancora in vita; ne risulta che l’esercizio comune dell’impresa da parte dei coeredi appare la soluzione più agevole, spontanea e economica per mantenerne il potenziale produttivo.

La forma giuridica modellatasi su queste esigenze viene presto applicata anche a iniziative di collaborazione avviate tra mercanti non legati da vincoli di parentela, assumendo comunemente il nome di *compagnia*. I caratteri principali della compagnia sono la forma disgiuntiva dell’amministrazione, la responsabilità illimitata e solidale dei soci (anche se occulti o comunque ignoti al contraente) per le obbligazioni sociali, e infine il vincolo di destinazione dei beni dell’azienda a garanzia delle obbligazioni sociali.

Si noti in particolare come la disciplina dell’amministrazione della compagnia si distacchi da quella della società civile di origine romanistica. Quest’ultima infatti –pur traendo origine da una analoga esigenza di gestione comune dei beni ereditari da parte dei coeredi– prevede l’amministrazione congiunta, tramite decisioni prese all’unanimità da tutti i soci; degli obblighi assunti da uno solo di essi (a meno che non abbia ricevuto mandato dai consoci) gli altri non rispondono. E’ evidente in questa discrepanza la diversa funzione dei due istituti: mentre la società civile è volta infatti alla conservazione di un patrimonio prevalentemente immobiliare, anche a costo di rinunciare a lucrosi affari se questi appaiono troppo rischiosi a taluno dei soci, viceversa la disciplina della compagnia si mostra indirizzata a favorire quanto

più sia possibile lo sfruttamento di ogni occasione di speculazione su un capitale essenzialmente mobiliare.

*f. Le nuove forme societarie e lo stato giuridico del mercante*

Forme societarie diverse, come si è detto, si sviluppano per disciplinare la partecipazione dei ceti non mercantili al finanziamento di iniziative particolarmente onerose.

Sotto il profilo economico, appare conveniente per i mercanti poter impiegare nel commercio, accanto ai propri, anche i capitali mobiliari che sono a disposizione della nobiltà fondiaria o di altri ceti abbienti. Sotto il profilo politico-istituzionale, però, il ceto mercantile non intende rinunciare alla propria specificità ammettendo al proprio interno soggetti provenienti da altre classi sociali e portatori di interessi potenzialmente confliggenti; da parte loro, i ceti feudali sono restii a prestarsi alla possibile perdita di prestigio rappresentata da una troppo esplicita comunanza di interessi con una classe spesso percepita come inferiore. Si noti peraltro come anche possano viceversa verificarsi condizioni tali da favorire su un piano di parità, o almeno da non ostacolare, esperienze di solidarietà economica tra la nobiltà fondiaria e ceti di patrizi mercanti; è il caso, ad esempio, di Venezia e di Genova.

Il dilemma tra l'opportunità di accedere a maggiori finanziamenti e la reticenza a superare la coesione di ceto viene risolto introducendo forme societarie del tutto nuove, dotate di alcune caratteristiche essenziali. Anzitutto, per quanto siano elaborate in vista del cofinanziamento dell'impresa da parte di mercanti e non mercanti, esse sono utilizzabili sia nell'ambito di tali rapporti "misti", sia per costituire società di soli mercanti. Inoltre, a differenza della fraterna e della compagnia, esse vengono solitamente adottate in vista di singoli affari o per serie limitate di affari, e non per la gestione di un'impresa nel suo complesso. Infine, gli investitori che siano privi del requisito dell'iscrizione a una corporazione mercantile non partecipano personalmente alla mercatura e non acquistano qualità di mercanti con il solo fatto di far parte di una società di questo tipo.

Le principali applicazioni di questi principi portano all'elaborazione degli istituti della rogadìa e della colleganza, nonché al contratto di pronti contro termine.

*g. La rogadìa*

Nella rogadìa il capitalista, che può essere un mercante oppure no, affida a un mercante una certa quantità e qualità di merce acquistata a proprie spese; il mercante la vende fuori piazza per il maggior profitto possibile, e lo versa al capitalista, trattenendo per sé un compenso percentuale.

Si noti la differenza rispetto al mandato, che prevede il solo rimborso delle spese al mandatario; e rispetto alla rappresentanza, in quanto il mercante agisce normalmente in nome proprio.

Un rapporto funzionalmente analogo è usuale ancor oggi, ad esempio, nell'ambito del mercato dei cavalli sportivi o delle opere d'arte o di antiquariato (affidamento "in conto vendita"), ma non viene giuridicamente configurato in forma societaria, bensì solitamente come mandato a vendere o come vendita a efficacia differita.

*h. Il contratto di pronti contro termine o prestito a cambio*

Nel caso del pronti contro termine il capitalista, che può essere un mercante oppure no, affida a un mercante una somma di denaro in una determinata divisa, affinché lo impieghi sulla piazza dove ha la propria sede versando poi a termine fisso, nella stessa o in altra divisa a seconda degli accordi, una somma pari a quella conferita, aumentata della metà del profitto.

Lo schema ricalca quello della sòccida o della mezzadria: uno dei soci contribuisce il capitale fruttifero (denaro nel pronti contro termine, bestiame nella sòccida, un fondo agricolo nella mezzadria), l'altro fornisce il lavoro, e il profitto è diviso a metà.

### *i. La colleganza*

La *colleganza*, forma embrionale da cui si è evoluta l'odierna società in accomandita semplice, può assumere due forme.

Nella forma unilaterale, detta *commenda*, il capitalista (lo *stans*, "colui che resta a casa" e che può essere un mercante oppure no) affida a un mercante (il *procertans*, "colui che si dà da fare") una somma di denaro affinché lo impieghi in commerci fuori piazza, dietro restituzione del capitale più i tre quarti del profitto; il rimanente spetta al *procertans*. Non si tratta in realtà, come può apparire, di un'operazione economicamente giugulatoria a danno del *procertans*, in quanto questi solitamente assomma più di una commenda per ogni viaggio, moltiplicando così i propri guadagni.

La colleganza bilaterale, invece, prevede che il capitale sia conferito per due terzi dallo *stans* e per un terzo dallo stesso *procertans*, mentre i profitti, previo rimborso delle rispettive quote di capitale, vengono divisi in parti eguali.

### **(...) La responsabilità patrimoniale del mercante**

#### *a. L'inadempimento e il vincolo di destinazione sui beni aziendali*

Anche i beni destinati a servire all'attività mercantile (strumenti, arredi, mezzi di trasporto, merci a magazzino) sono oggetto da parte dello *ius mercatorum* di una disciplina particolare e diversa da quella civilistica; a differenza però di quanto si è finora osservato in relazione alle tipologie negoziali, in questo caso la finalità perseguita non è la tutela del mercante verso i suoi creditori, ma piuttosto il consolidamento dell'affidabilità della categoria mercantile nel suo complesso (anche a danno dei suoi singoli membri) tramite la predisposizione, a favore appunto dei creditori del mercante, di efficaci mezzi di realizzazione dei propri crediti.

I beni costituenti quella che oggi si direbbe l'azienda, infatti, sono soggetti a un vincolo di destinazione che impedisce il loro storno verso impieghi diversi dalla mercatura, e dunque la loro possibile sottrazione alla funzione di garanzia reale in caso di inadempimento delle proprie obbligazioni da parte del mercante. Un aspetto del vincolo si collega infatti alla posizione privilegiata che il diritto mercantile assicura ai creditori del mercante per causa di commercio: questi hanno il diritto di soddisfarsi sui beni dell'azienda a preferenza dei creditori per causa "civile". L'elaborazione dottrinale dell'istituto porta in seguito alla definizione del concetto di autonomia patrimoniale dell'azienda.

#### *b. L'insolvenza e il fallimento: principi generali della disciplina*

Come si è visto, la posizione di prestigio sociale e di privilegio giuridico costituita in capo ai mercanti può essere mantenuta soltanto ove perduri una effettiva credibilità della categoria e una comprovata affidabilità dei suoi membri sotto il profilo dei rapporti commerciali. Se dunque il mercante non si limita a mostrarsi occasionalmente inadempiente rispetto a singole obbligazioni, ma finisce per cadere in una generale impossibilità di far fronte ai propri impegni, il vincolo di destinazione istituito sui beni aziendali non appare più sufficiente a garantire la soddisfazione dei creditori, nè l'immagine professionale del ceto mercantile. Ecco dunque che norme estremamente severe sono rivolte dal diritto mercantile a prevenire e sanzionare l'insolvenza, anche nel caso in cui essa non sia attribuibile a dolo o a colpa del mercante.

Viene allora applicata la procedura concorsuale del fallimento, retta da principi assai distanti da quelli enunciati dal diritto romano in tema di responsabilità contrattuale. Infatti vi si applica la *par condicio creditorum* ("pari tutela per i creditori"), anzitutto con riguardo alla categoria dei creditori privilegiati (i creditori per causa di commercio) e successivamente per quelli civili, che si soddisfano sul residuo; inoltre si presume *iuris et de iure* che l'insolvenza sia stata prodotta dal comportamento fraudolento del mercante, equiparando dunque ogni

insolvenza a una insolvenza fraudolenta; ancora, l'insolvenza è presunta *iuris et de iure* nel caso in cui il mercante stesso risulti irreperibile (*mercator fugitivus*).

*c. Il fallimento sociale*

Ulteriori caratteristiche emergono in tema di fallimento sociale. Il diritto mercantile infatti – pur non disciplinando espressamente il fallimento della società in quanto tale – stabilisce che, accertata l'insolvenza anche di uno solo dei soci, il fallimento si estenda a tutti gli altri, anche occulti e anche se non personalmente insolventi. E' evidente l'intento di aumentare la base attiva e meglio garantire così la soddisfazione di tutti i creditori, anche a prezzo della distruzione di un'impresa ancora parzialmente efficiente.

Un necessario limite a questo "contagio" del fallimento del socio rispetto agli altri è però introdotto dalla norma che esclude l'estensione del fallimento a chi risulti essere bensì socio del fallito, ma in relazione a una impresa diversa da quella nella quale egli si è mostrato insolvente. Ciò consente di restringere i danni causati al sistema commerciale da giustamente temuti fallimenti a catena; inoltre limita la severità delle conseguenze dell'insolvenza a tutela dei soci del fallito nelle colleganze uni- e bilaterali, facendo rilevare la delimitazione di queste forme societarie a singoli affari, ed escludendole quindi dal coinvolgimento nella procedura concorsuale.