



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED  
ECONOMIA “TULLIO ASCARELLI”  
SEZIONE DI DIRITTO PRIVATO PER L’EUROPA  
XXIII CICLO

**DISCIPLINA DEL MERCATO E TUTELA DEL SOGGETTO NON  
PROFESSIONALE**

Docente guida

Chiar.mo Prof. Carlo Castronovo

Dottoranda

Dott.ssa Fiammetta Magliocca

## INDICE

### CAPITOLO I - DIRITTO E MERCATO

1. Diritto ed economia	4
2. Il naturalismo economico della Scuola austriaca di economia	7
3. La dottrina italiana e il naturalismo economico	17
4. <i>Black market</i> e <i>grey market</i> : un possibile esempio di naturalismo economico	21
5. La rilevanza dei costi di transazione e del sistema giuridico	27
6. Il diritto tra spontaneità involontaria della società economica e legge etica	32
7. La priorità logica del diritto e la sua funzione conformatrice	39
8. Il mercato tra forma giuridica e contenuto economico	43

### CAPITOLO II - DALLA TEORIA GENERALE DEL MERCATO AL DIRITTO POSITIVO

1. La doppia struttura del mercato concorrenziale	48
2. Diritto comunitario e limiti del mercato	52
3. Il rapporto tra regole del mercato e regole nel mercato	57
3.2 I contratti <i>&lt;a valle&gt;</i> di una intesa anticoncorrenziale	59
4. Le regole <i>&lt;nel mercato&gt;</i> , diritto di negozi, di soggetti e di beni	68
5. Venditori e consumatori	69

6. Contratto tra consumatore e professionista e contratto con asimmetria di potere contrattuale	75
7. Crisi del paradigma contrattuale e terzo contratto	77
8. L'asimmetria di potere contrattuale tra tutela del singolo contraente debole e tutela del mercato in generale	81
9. Gli approdi della giurisprudenza in tema di abuso di dipendenza economica	91

### CAPITOLO III - TUTELA DEL CONSUMATORE E DIRITTO PRIVATO GENERALE

1. I contratti dei consumatori ed i meccanismi di tutela	104
2. Effettività del consenso nel rapporto di consumo: il diritto di recesso	107
2.2. Le informazioni a disposizione del consumatore ed i requisiti formali del contratto	111
3. Il controllo sull'equilibrio del contratto	116
4. Tutela del consumatore e <diritti secondi>	120
 BIBLIOGRAFIA	 125

## CAPITOLO I

### DIRITTO E MERCATO

Sommario: 1. Diritto ed economia 2. Il naturalismo economico della Scuola austriaca di economia 3. La dottrina italiana e il naturalismo economico 4. *Black market* e *grey market*: un possibile esempio di naturalismo economico 5. La rilevanza dei costi di transazione e del sistema giuridico 6. Il diritto tra spontaneità involontaria della società economica e legge etica 7. La priorità logica del diritto e la sua funzione conformatrice 8. Il mercato tra forma giuridica e contenuto economico

#### **1. Diritto ed economia**

Nello svolgere il tema inerente al rapporto tra diritto e mercato non è possibile prescindere dalla disamina del rapporto tra diritto ed economia, capitolo più generale ed ampio di quello inerente il diritto e il mercato e su cui ogni discorso intorno alla teoria generale del mercato è costretto a soffermarsi.

E' stato correttamente affermato che in ogni discorso che coinvolge il mercato esistono e si intrecciano tre piani logici: il piano astratto e teorico del rapporto tra diritto ed economia - ove sorge il quesito se

debba al diritto riconoscersi funzione conformatrice dell'economia o addirittura risolvere l'economia in statuti di norme -; il piano della politica legislativa, concernente il contenuto delle norme - una volta che sia data risposta affermativa alla domanda accennata -; e poi il piano concreto e determinato degli effetti economici delle soluzioni legislative, in cui vengono prese in esame le conseguenze di una norma o di un sistema di norme <sup>1</sup>.

Orbene, è evidente che la necessità che si impone preminente allo studioso, prima di ogni altra analisi, è quella di comprendere la relazione che si istituisce tra regole giuridiche e regole economiche, verificando se sia plausibile o meno la possibilità che esista un mercato spontaneo senza diritto. Nelle pagine che seguono, l'indagine preliminare è stata svolta facendo riferimento a quelle voci più significative di dottrina e capaci di esprimere i diversi indirizzi generali di pensiero che via via si sono succeduti ed avvicinati. Tale ricostruzione dei diversi aspetti in cui si è atteggiato il rapporto tra diritto ed economia, come è facilmente intuibile, assolve al compito di tracciare le linee generali di diversi contesti, di cultura giuridica, che hanno contribuito significativamente a disegnare gli spazi ed i significati della vita economica.

Le diverse voci di cui si è cercato di dare conto possono essere distinte, sacrificando sfumature ed accenti, in orientamenti che ne isolano e

---

<sup>1</sup> Irti N., *Introduzione a Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999, p. X.

colgono il carattere dominante: l'orientamento naturalistico per il quale l'economia possiede proprie leggi prima che il diritto intervenga, l'orientamento etico, che raffigura il diritto come un tramite tra l'economia e l'etica e l'orientamento politico-giuridico che nega o rifiuta le leggi naturali dell'economia ed attribuisce al diritto priorità logica e funzione conformatrice.

Le distinzioni tracciate rispetto ai diversi indirizzi individuati si rivelano utili e fruttuose nella misura in cui consentono di accostarsi ad aspetti diversi della identità giuridica del mercato, che è composita, complessa e variabile nel tempo. Esse hanno, in primo luogo, la funzione di ricostruire l'identità giuridica del mercato, come un mosaico fatto di numerose tessere<sup>2</sup>. Al riguardo si è affermato che l'identità giuridica del mercato *<ha carattere problematico ed è costantemente soggetta a sfide e mutamenti che dipendono dalla estrema mobilità delle relazioni economiche, nonché dal loro rapporto con la politica>*<sup>3</sup>.

Ulteriore motivo per cui la accennata disamina si rivela utile è dato dalla considerazione che, nello specchio degli orientamenti di cui si darà conto, si riflettono le differenti concezioni dei diritti individuali in materia di mercato: così se al naturalismo economico fa da contraltare l'idea assoluta dei diritti di libertà, le concezioni che attribuiscono

---

<sup>2</sup> Ferrarese M.R., *Diritto e mercato*, Torino, 1992, p. 121 e 122.

<sup>3</sup> Ferrarese M.R., *Diritto e mercato*, cit., p. 121 e 122.

funzione conformatrice al diritto si fondano su una idea dei diritti economici limitati e derivati dal potere statale.

Il cambiamento delle regole giuridiche ha fatto seguito, in genere, a cambiamenti nelle fazioni detentrici del potere, ed al conseguente diversificarsi delle culture politiche e giuridiche. Parimente è accaduto rispetto al mercato: paradigmatico in tal senso è il passaggio da una cultura giusnaturalistica ad una cultura giuspositivistica, che propongono due diversi sistemi di potere e di legittimità<sup>4</sup>. Ed allora sembra opportuno muovere l'indagine proprio dalla concezione economica classica che al giusnaturalismo ha fatto da corollario.

## **2. Il naturalismo economico della Scuola austriaca di economia**

Per lungo tempo, nella speculazione degli studiosi che si sono occupati di teoria generale del mercato, il problema che inerisce alla correlazione esistente tra diritto ed economia è stato risolto, nel senso del primato della seconda sul primo, quasi che questo fosse il semplice riflesso di un ordine esistente prima ed indipendentemente da esso, di talché l'economia di mercato appariva provvista dei caratteri di assolutezza ed incondizionata validità ed elevata a criterio di guida e di giudizio del

---

<sup>4</sup> Ferrarese M.R., *Diritto e mercato*, cit., p. 124, la quale osserva che la cultura giusnaturalistica rifletteva l'ideologia della borghesia che costituì il mercato e che credeva nella profonda razionalità dell'uomo; la cultura giuspositivistica riflette il consolidamento del potere politico

diritto positivo. La concezione economica classica aveva, infatti, *<accolto il modello di un equilibrio naturale, frutto del gioco delle forze individuali naturalisticamente intese, nei cui confronti funzione precipua della legge era quella della garanzia, (...) dell'eliminazione degli ostacoli che la regolamentazione legale tramandata frapponeva alla realizzazione di questo ordine, vuoi si ravvisasse ottimisticamente in detto equilibrio la realizzazione di prestabilite armonie, vuoi si negasse malinconicamente ogni efficacia a qualunque struttura istituzionale volta ad alterare determinati livelli e ad influire sulle forze che li avrebbero pur sempre provocati>*<sup>5</sup>.

Tale concezione affonda le proprie radici nella tradizione della Scuola austriaca di economia che, sebbene in origine ebbe ad oggetto studi di carattere propriamente economico, successivamente, estese la propria indagine scientifica ai campi della sociologia, della politica e del diritto.

Al contributo di uno suoi esponenti di maggior rilievo, Ludwig von Mises, si deve l'affermazione secondo cui *«il mercato è supremo:*

---

<sup>5</sup> Così si esprime sul punto Ascarelli T., *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 43. Alla concezione economica di cui si dà conto ha fatto da corollario, nell'ambito del diritto, l'affermarsi dell'orientamento giusnaturalista. Le forze del mercato hanno inventato nuovi confini per le libertà umane ed una nuova grammatica dei diritti naturali. Come rileva Habermas, *<I diritti naturali trovano la loro vera corrispondenza nelle leggi del commercio, ma a queste ultima I privati obbediscono perchè è nel loro immediato interesse e non perchè lo Stato impone leggi formali con la minaccia della pena>*. Il carattere *<naturale>* dei diritti economici fa sì che essi non abbiano bisogno di alcuna giustificazione e che, al contrario, ogni ingerenza nel loro ambito, debba essere respinta come illegittima. Lo stringente legame che in quel torno temporale esisteva tra pensiero economico e ricostruzioni giuridiche è stato colto da Ascarelli T., *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p.46, il quale afferma *<Nell'uno e nell'altro campo si fa capo a un ordine fondato indipendentemente dalla volontà dell'uomo e perciò appunto naturalmente posto, sì che il compito dell'uomo è quello di coglierlo e rispettarlo più che di porlo>*.



*soltanto esso mette in ordine l'intero sistema sociale dandogli senso e significato»*<sup>6</sup>.

Dalle pagine dell'illustre studioso emerge con cristallina chiarezza che, sia lo studio dell'ordine sociale, sia lo studio dell'ordine economico, dovrebbero muovere dall'approfondimento della scienza dell'azione umana<sup>7</sup>, materia il cui fondamento, analogamente alla scienza economica, si rinviene nella conoscenza di ciò che accade nel mondo in cui l'azione è computabile e calcolabile. L'analisi dell'azione sociale e dell'azione economica, trova pertanto pieno svolgimento nella comprensione e nell'analisi dei problemi presenti in un sistema di mercato calcolante. Il mercato, in tale visione, è *<il primo corpo sociale. E sociali sono i suoi fenomeni, in quanto risultante dell'attiva partecipazione di tutti>*<sup>8</sup>. Nel sistema sociale della divisione del lavoro e della proprietà privata dei mezzi di produzione, denominato economia di mercato, infatti, ognuno *<agisce per proprio conto; ma le azioni di ognuno tendono tanto alla soddisfazione dei bisogni degli altri che dei propri. [...] Ognuno è in se stesso mezzo e fine; fine ultimo per se stesso e mezzo per gli altri nei loro tentativi di raggiungere i propri fini>*<sup>9</sup>. Ed

---

<sup>6</sup> L. von Mises, *L'azione umana*, trad. it., Torino, 1959, p. 251.

<sup>7</sup> Secondo l'Autore non vi è appropriata trattazione dei problemi sociali ed economici che non proceda dall'analisi delle scelte individuali, L. von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 43.

<sup>8</sup> L. von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 301.

<sup>9</sup> L. von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 251. Tale affermazione richiama alla mente una celebre formulazione dell'imperativo categorico kantiano: *<Agisci in modo da considerare l'umanità, sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo>* (I. Kant., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; trad. it. V. Mathieu, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano, 1982, p. 126).

il raggiungimento dei fini presuppone non già una singola, bensì una duplice scelta: l'una relativa agli stessi fini da perseguire, l'altra attinente ai mezzi ritenuti idonei al loro perseguimento. In siffatte scelte si risolve l'azione umana. Dunque, i fini ultimi dell'azione umana non sono suscettibili di analisi e oggetto delle scienze citate possono essere solo i mezzi idonei al perseguimento di tali fini, cioè l'attitudine degli strumenti di cui ciascun individuo può fare uso al raggiungimento dei fini soggettivamente prescelti.

Orbene, secondo la ricostruzione prospettata, anche lo Stato si riduce alle azioni degli individui che lo compongono ed è dunque strumento o mezzo, le cui leggi sono stabilite in funzione dell'ordine sociale adottato. Il compito dello Stato è, allora, quello di adottare le leggi più idonee alla organizzazione di un sistema sociale definito. Lo Stato è libero di realizzare l'ordine sociale che predilige, esso è libero altresì di utilizzare i mezzi che più reputa efficaci, senza vincoli imposti da leggi naturali. Ciò nondimeno, ove il fine fosse quello di attuare la preservazione ed il funzionamento della cooperazione sociale, l'unico strumento utile a perseguire tale obiettivo sarebbe quello che consenta il funzionamento dell'economia di mercato.

Tuttavia, si precisa che ciò non significa che il mercato sia privo di vita in assenza di leggi che gli conferiscano forma, in quanto *<lo Stato, apparato sociale coercitivo, non interferisce col mercato e con le*

*attività civili dirette dal mercato. Esso impiega il suo potere coercitivo solo per prevenire azioni distruttive e preservare il funzionamento dell'economia di mercato. [...] lo Stato crea e preserva l'ambiente in cui l'economia di mercato può funzionare con sicurezza*<sup>10</sup>, il mercato dirige l'individuo all'interno del sistema cooperativo, rivelandogli *<ciò che meglio può promuovere il suo benessere e quello degli altri>*<sup>11</sup>.

L'orientamento di von Mises, riguardo al rapporto tra diritto statale e mercato, può dunque essere ricondotto a quella che autorevole dottrina definisce come *<metafora della cornice, quasi che le norme siano tenute [...] a non valicare un certo confine ed a fermarsi all'esterno degli affari economici>*<sup>12</sup>: si vorrebbe *<un diritto composto soltanto da norme proibitive, mentre lo spazio residuo cadrebbe nella piena libertà dei singoli>*<sup>13</sup>. Ciò, secondo taluni, non consentirebbe di garantire la regolarità e la prevedibilità delle azioni umane; le norme proibitive infatti *<dicono soltanto ciò che non deve accadere, ma non lasciano "veder prima" ciò che deve accadere nel restante spazio di libertà>*<sup>14</sup>.

E' vero piuttosto secondo Irti che il mercato è disciplinato non soltanto

---

<sup>10</sup> L. von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 251.

<sup>11</sup> L. von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 251. La più illustre dottrina, con riferimento alla concezione del diritto quale derivava dall'impostazione del pensiero economico classico, ha parlato di *<forma formata>*: l'ordinamento non opera, cioè, come forma conformatrice della realtà sulla quale si proietta, perché riceve la propria caratterizzazione da un dato esterno ad esso che viene trovato nella realtà. Si veda, al riguardo, Mengoni L., *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

<sup>12</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 1998, p. 37.

<sup>13</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 37.

<sup>14</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 37.

da norme proibitive, ma anche da norme attributive e da norme conformative: le prime *<conferiscono posizioni a soggetti ed a beni>*<sup>15</sup>, le seconde *<disciplinano i negozi, danno al mercato una peculiare fisionomia>*<sup>16</sup>. Se l'ordinamento giuridico non contemplasse la tipicità dei negozi e *<questi nascessero, in ogni caso, da bisogni e desideri e volontà individuali, ne sarebbe vanificato ogni criterio di regolarità>*<sup>17</sup>: verrebbe, dunque, meno la commutabilità e calcolabilità dell'azione umana; proprio quello, cioè, che nell'impostazione del precursore della scuola economica austriaca era considerato essenziale perché il sistema del mercato potesse operare.

Tuttavia, l'autore in cui la teoria del naturalismo economico ha trovato il suo svolgimento più compiuto è Hayek. Secondo lo studioso austriaco *<La struttura ordinata prodotta dal mercato è (...) non un organizzazione, ma un ordine spontaneo o cosmos, e proprio per questo motivo è, sotto molti aspetti, fondamentale diversa da quella dell'ordinamento, o organizzazione, che in modo originale e appropriato si chiamò economia>*<sup>18</sup>. Al fine di comprendere il significato di tale affermazione è indispensabile precisare che l'analisi del concetto di ordine costituisce, nel pensiero di Hayek, presupposto indefettibile per

---

<sup>15</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 53.

<sup>16</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 54.

<sup>17</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 54.

<sup>18</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* (1968), ora in Id., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1988, p. 100.

la comprensione di ogni processo sociale. Secondo lo studioso austriaco, l'ordine, si distingue, da un lato, in ordine spontaneamente formatosi, definito *cosmos*, che non ha un fine determinato e risulta *<dalle regolarità del comportamento degli elementi che esso comprende>*<sup>19</sup>, essendo in questo modo un sistema endogeno *<autorganizzato>*; dall'altro lato, in ordine creato dall'uomo, definito *taxis*, il quale presuppone un fine particolare ed è determinato *<da un'azione che si trova al di fuori dell'ordine ed è nello stesso tempo esogena e imposta>*<sup>20</sup>. Dunque, se l'ordine costruito, o *taxis*, è concreto e funzionale allo scopo di colui che lo ha creato, e presenta un grado di complessità che non può superare il modesto livello a cui si arrestano le capacità di comprensione e di controllo di coloro che l'hanno creato, nessuna di queste caratteristiche, invece, è propria di un ordine spontaneo: quest'ultimo, infatti, non essendo il risultato della progettazione di specifici individui, presenta un grado di complessità maggiore *<di quanto la mente umana è in grado di padroneggiare>*<sup>21</sup>. La *taxis*, inoltre, essendo il risultato di un disegno volto a *<conseguire dei fini particolari o una gerarchia particolare di fini>*<sup>22</sup> è regolata da norme stabilite dall'autorità esterna per il perseguimento di tali fini. Nell'ordine spontaneo, invece, la regolarità è generata da norme che non

---

<sup>19</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 86.

<sup>20</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 86.

<sup>21</sup> F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1982), trad. it., Milano, 1986, p. 53.

<sup>22</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 87.

sono poste, bensì scoperte <sup>23</sup>. In tal modo, viene tratteggiata la distinzione tra *nomos* e *thesis*, ossia tra <due generi distinti di norme o regole>, corrispondenti, rispettivamente, al *cosmos* ed alla *taxis*, <alle quali devono obbedire gli elementi perché si possa formare il corrispondente genere di ordine> <sup>24</sup>. Il *nomos* è definito come <norma universale di comportamento giusto, valida per un numero imprecisato di casi futuri ed egualmente per tutte le persone che si trovano nelle circostanze obiettive descritte dalla norma, indipendentemente dagli effetti che l'osservanza della norma produrrà in una situazione particolare. Queste norme delimitano i confini dei singoli campi protetti consentendo a ogni persona o gruppo organizzato di conoscere quali mezzi possono impiegare per perseguire i loro fini ed evitare così ogni conflitto tra le azioni delle differenti persone (...). Esse portano al formarsi di un ordine spontaneo, egualmente astratto e indipendente da ogni fine, o *cosmos*> <sup>25</sup>. *Thesis* è, invece, <qualsiasi norma che sia applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di chi formula le norme. Sebbene queste norme possano essere ancora in varia misura generali e riferirsi ad una molteplicità di casi particolari, si trasformeranno impercettibilmente da norme nell'accezione usuale del

---

<sup>23</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 86.

<sup>24</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 88.

<sup>25</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 88, *Esso è dunque <una norma astratta non dovuta alla volontà concreta di qualcuno, applicabile, in casi particolari indipendentemente dalle conseguenze; una legge che poté essere "trovata" e non creata per particolari fini prevedibili>*.

*termine in ordini particolari. Esse sono lo strumento necessario per gestire un'organizzazione, o taxis*> <sup>26</sup>

Sicché il *nomos* si distingue dalla *thesis* sotto un duplice profilo: l'uno genetico, essendo norma <*trovata*> e non <*creata*>; l'altro funzionale, essendo esso norma generale ed astratta, e non concreta e particolare <sup>27</sup>.

Dunque, dopo aver delineato la distinzione tra ordine spontaneo, o *cosmos*, ed ordine creato dall'uomo, o *taxis*, e dopo aver individuato le regole che danno forma ai due differenti ordini, è possibile accertare a quale dei due tipi descritti sia riconducibile l'ordine del mercato e da quali norme esso sia regolato. Nella ricostruzione di Hayek, l'ordine del mercato, definito <*catallassi*>, per poter essere correttamente analizzato, deve essere tenuto distinto da un altro ordine, definito <*economia*>, come si è già anticipato nelle pagine addietro. A parere dello studioso austriaco, infatti, <*una economia, nel senso stretto della parola, è una organizzazione o una struttura in cui qualcuno assegna deliberatamente delle risorse ad un ordine unitario di fini. L'ordine spontaneo prodotto dal mercato (...) è diverso, perché non garantisce che siano sempre soddisfatte, prima di quelle meno importanti, le esigenze che l'opinione generale ritiene più importanti*> <sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 88.

<sup>27</sup> Sul punto, Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 10, preferisce parlare di distinzione corrente tra caratteristica <*genetica*> e <*contenutistica*>.

<sup>28</sup> F.A. von Hayek, *La concorrenza come procedimento di scoperta* (1968), in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee* (1988) ed in *Conoscenza, mercato, pianificazione* (1988), ora in *Perché non sono un conservatore*, Roma, 1997, p. 69 ss.

Hayek sostiene che l'idea di trasformare *<l'ordine del mercato in una economia in senso stretto, in cui un scala comune d'importanza determini quali delle varie esigenze debbano essere soddisfatte, e quali no>*<sup>29</sup>, sarebbe una concezione erronea e criticabile, in quanto le azioni dei singoli sono armonizzate e la *catallassi* si costituisce, non in virtù di decisioni centralizzate, ma grazie ad un sistema di regole di condotta che si sono spontaneamente evolute e diffuse, che il giudice ed il legislatore si limitano solo a *riconoscere* e giammai potrebbero creare, dal momento che esse trovano la loro fonte nel libero agire degli attori sociali<sup>30</sup>.

Il pensiero dell'economista austriaco è stato sintetizzato con grande efficacia: *<accanto alle finalità individualmente e consapevolmente perseguite, l'agire di ciascuno consegue inintenzionalmente un altro obiettivo: serve le condizioni (...) dettate dall'Altro, e genera così le norme che regolano i rapporti sociali. L'ordine viene in tal modo realizzato dagli stessi individui che agiscono (...). Si tratta pertanto di un ordine spontaneo o inintenzionale, che si articola attraverso norme e istituzioni, nate in prevalenza senza una previa programmazione e che costituiscono il mutevole punto di mediazione di mutevoli preferenze individuali. Prevalgono perciò le norme e le istituzioni più efficaci o adatte a rispondere delle esigenze della vita in comune>*<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> F.A. von Hayek, *La concorrenza come procedimento di scoperta*, cit., p. 70.

<sup>30</sup> F.A. von Hayek, *La concorrenza come procedimento di scoperta*, cit., p. 70.

<sup>31</sup> L. Infantino, *Prefazione a F.A. von Hayek, Liberalismo*, Roma, 1996, p. 18 ss.



Tale è l'idea che segna l'intera opera di Hayek e ne consente la riconduzione al ceppo unitario della Scuola austriaca di economia, idea rispetto alla quale, come nel prosieguo sarà illustrato, si è affermata una concezione di segno nettamente opposto, secondo cui *<il mercato prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative (...) esso è disegnato artificialmente, fatto con l'arte del legiferare>* <sup>32</sup>.

### **3. La dottrina italiana e il naturalismo economico**

Le ricostruzioni prospettate dagli studiosi della Scuola austriaca di economia hanno avuto una profonda eco anche nella dottrina italiana, la quale, nell'accostarsi ai temi inerenti la teoria generale del mercato, ed il rapporto tra economia e diritto, ha fatto principalmente riferimento all'individualismo al centro del concetto di mercato elaborato dagli economisti classici, secondo cui l'economia è il dominio delle scelte individuali, scelte che si traducono in domande ed offerte, dal cui libero incontro derivano i prezzi ed il mercato stesso.

Tale orientamento è stato ripreso ed approfondito da quella parte della dottrina italiana che, nella prima metà del secolo scorso, estese tale concezione anche al diritto ed alla politica <sup>33</sup>. In particolare, con

---

<sup>32</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 12. Si vedano anche pp. 11 ss., 35 ss., 44 ss.

<sup>33</sup> Il riferimento è, in particolare a Leoni B., *Il pensiero politico e sociale dell'Ottocento e del Novecento*, 1952.

riferimento al diritto, criticando la tesi centrale della teoria normativistica di Kelsen, venne affermato che l'ordine giuridico derivasse non dall'obbligatorietà del comportamento degli individui di fronte a norme legislative, bensì dalla spontaneità dello scambio di pretese soggettive ed individuali, le quali acquistano il connotato della giuridicità allorquando siano statisticamente comuni, e quindi prevedibili, nella società <sup>34</sup>.

Si rinviene, dunque, in tale ricostruzione, una evidente analogia tra mercato e diritto, dal momento che si applica a quest'ultimo il concetto di scambio tipico della scienza economica: in economia, lo scambio tra beni e servizi avviene sulla base di domande e offerte complementari, ma un'analogia complementarietà, alla luce della esposta visione dell'ordinamento giuridico, può essere ravvisata anche tra le pretese giuridiche <sup>35</sup>.

Sul punto, è stato efficacemente affermato che *<il concetto cui sembra riducibile il termine diritto (...) è quello che potrebbe definirsi la richiesta di un comportamento altrui corrispondente ad un nostro interesse (...) e considerato inoltre come probabile – e comunque più probabile di altri – nell'ambito della convivenza organizzata cui*

---

<sup>34</sup> Leoni B., *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, 1960, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milano, 1980, p. 187 ss.; Leoni B., *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, 1962, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 235 ss.

<sup>35</sup> In tal senso, Leoni B., *Diritto e politica*, 1961, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., pp. 212 ss.; Leoni B., *Lezioni di filosofia del diritto*, ciclostilate a cura di S. Lenghi, 1966, p. 71.

*apparteniamo entrambi (noi e la persona il cui comportamento è oggetto di pretesa), nonché, in ogni caso, come determinabile mediante un nostro intervento (presso tale persona o presso altre) in base ad un potere di cui noi, che formuliamo la richiesta, ci consideriamo dotati*<sup>36</sup>.

Si potrebbe, pertanto, parlare di scambi di pretese, così come si parla di scambi economici: il mercato è il risultato dell'incontro delle domande e delle offerte di beni e di servizi, così come l'ordinamento giuridico è il risultato dell'incontro delle pretese<sup>37</sup>. Dal sistema di queste pretese, *<le quali sorgono sempre in connessione con pretese altrui, secondo una gamma che va dalle particolari pretese di un individuo verso un altro a quelle di tutti verso tutti*<sup>38</sup>, si ritenne, appunto, costituito l'ordinamento giuridico, così come nella confluenza delle domande e delle offerte di beni si ravvisava il mercato.

In tale contesto, tuttavia, il rapporto tra le due istituzioni, cioè tra diritto e mercato, venne risolto affermando la priorità logica del diritto<sup>39</sup>. Dalle

---

<sup>36</sup> Leoni B., *Diritto e politica*, 1961, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., pp. 212.

<sup>37</sup> Si veda, al riguardo, Leoni B., *La libertà e la legge*, con introduzione di Cubeddu R., Liberi-libri, Macerata, 1994, trad. M.C. Piegatolo, p. 143 ss., in cui l'autore opera una critica radicale alla teoria che identifica il diritto con la legislazione, ritenendo che le conseguenze negative di tale impostazione ricadessero anche sul mercato.

<sup>38</sup> Leoni B., *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, 1962, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 236.

<sup>39</sup> Leoni B., *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, 1962, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 242. Sulla priorità logica del diritto nei confronti del mercato, si veda Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998, spec. pag. 28 - anche se per diritto tale autore intende l'insieme delle norme dato dagli organi legislativi dello stato -, ove si afferma: *<La forma dell'economia è tutt'uno con la sua struttura normativa, con la sua intrinseca e costitutiva legalità. Non è da credere che il dirigismo richieda l'ausilio di norme, mentre il proprio dell'economia di mercato consista nello scrollarsele di dosso e nell'auto-regolarsi. Poiché (...)*

considerazioni espone, venne, infatti, tratto il corollario che le scelte dei beni o dei servizi suscettibili di valutazione economica, che corrispondono alle esigenze dei singoli individui e che sono alla base del mercato, necessariamente richiedono lo scambio di pretese giuridiche volte ad ottenere i beni o servizi predetti, al fine di essere realizzate: *<le scelte economiche implicanti lo scambio corrispondono per contro ad altrettante pretese: in questo senso si può dire che il mercato (come incontro di scelte) non è concepibile senza il diritto (come incontro di pretese). Alla compatibilità e alla complementarietà delle scelte corrisponde la compatibilità e la complementarietà delle pretese: l'ordine giuridico corrisponde all'ordine economico>*<sup>40</sup>.

Se l'orientamento su cui si è dato poc'anzi conto ha avuto l'indubbio merito di porsi criticamente rispetto all'incontrollato proliferare della legislazione e di valorizzare la formazione spontanea del diritto come volontà comune degli individui, tuttavia, lascia insoluto il problema che la coercizione della libertà individuale può ben derivare, oltre che dall'imposizione statale, anche dai rapporti spontanei tra gruppi e tra classi sociali. Insomma, la riduzione della legislazione non equivale necessariamente alla riduzione della coercizione, poiché lascia invariati i

---

*l'economia di mercato è un ordine, e l'ordine si risolve in una regolarità di comportamenti (in qualche misura, prevedibili e calcolabili dai singoli soggetti); e, poiché la regolarità implica azioni tipiche, valutate nella loro soggettiva ripetitività, l'economia di mercato non è dissociabile dal suo statuto normativo, anzi è nulla di altro e di diverso da un dato regime di leggi>*.

<sup>40</sup> Leoni B., *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, 1962, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 242.

rapporti di potere che si vengono a creare nell'ambito della società e nel mercato <sup>41</sup>. Pertanto, riemerge la necessità di un intervento legislativo volto a ristabilire l'equilibrio alterato, per cui, in tali ipotesi, soltanto il legislatore può farsi garante della libertà individuale <sup>42</sup>.

#### **4. *Black market* e *grey market*: un possibile esempio di naturalismo economico**

Uno degli esempi che la dottrina più recente offre per avvalorare la tesi secondo cui l'economia sia capace di esprimere sue proprie regole, indipendentemente dall'intervento del legislatore, riguarda i cosiddetti *black market* e *grey market*. È stato acutamente rilevato, infatti, che florido sviluppo hanno fenomeni di scambio, in vario modo, esclusi da ogni tutela giuridica, ovvero addirittura proibiti e puniti dall'ordinamento <sup>43</sup>.

Si fa riferimento con ciò agli scambi immorali, ma di per sé non sanzionati, quali quelli legati al mondo della prostituzione <sup>44</sup>, ai vari tipi

---

<sup>41</sup> Stoppino M., *L'individualismo integrale di Bruno Leoni, saggio introduttivo a B. Leoni*, in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. XLVII.

<sup>42</sup> Si veda Irti N., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, p. 95 ss., ove si afferma che <la libertà del singolo trova oggi difesa, non più nell'assenza di leggi, ma proprio nelle leggi regolatrici del mercato. La disciplina delle offerte, il controllo di qualità dei beni, la garanzia di competizione tra aziende produttrici: sono, queste ed altre, le forme di tutela del singolo contro il potere planetario delle imprese>.

<sup>43</sup> Si sofferma sull'argomento, P. Schlesinger nel suo intervento contenuto in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999, pp. 29 e ss.; si veda anche G. Rossi, *Diritto e Mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1446 ss.

<sup>44</sup> Indagini sulla libertà contrattuale nella sfera sessuale sono state compiute da M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. italiana *Economia e società*, vol. II, Milano, 1961, p. 65 ss.

di traffici penalmente perseguibili, quali quelli della ricettazione, delle scommesse clandestine, dell'immigrazione di extracomunitari, del contrabbando, dell'usura, dello spaccio di droga, del commercio delle armi, di donne e bambini. Tali fenomeni, sebbene né rari né marginali, in alcuni casi non sono previsti e disciplinati da regole giuridiche, mentre in taluni altri hanno dato luogo a previsioni normative che intendono colpirne ed evitarne lo svolgimento.

Si parla, in siffatte circostanze, di *<mercati neri>*: *<mercati>* in quanto essi vedono il dispiegarsi di flussi di scambi e negoziazioni con carattere di stabilità, prevedibilità, continuità; *<neri>* perché illeciti, nonché privi dei crismi di trasparenza, di ricchezza e completezza delle informazioni, idonei a garantire a coloro che prendono parte agli scambi la possibilità di pervenire a scelte pienamente consapevoli.

Ulteriore e diverso esempio è ravvisabile, poi, nei *<mercati grigi>*, mercati fondati su una sorta di autoregolamentazione degli operatori che dà luogo ad un ordinamento privo di qualsivoglia disciplina legislativa ed *<indicati dagli stessi giuristi anglosassoni come il luogo dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto>*<sup>45</sup>.

Con riguardo ad essi, ci si è chiesti se è possibile ricondurli effettivamente nel novero dei mercati, con ciò implicando una svalutazione dell'importanza del principio secondo il quale per la loro

---

<sup>45</sup> G. Rossi, *Diritto e Mercato*, cit., p. 1446.

costituzione e funzionamento i mercati necessitano dell'intervento del diritto.

In risposta all'enucleato quesito, da un lato, si è affermato che ad escludere che i <mercati neri> costituiscano veri e propri mercati non può giovare la considerazione del carattere <elementare><sup>46</sup> proprio degli scambi che in essi si svolgono, dal momento che la diversa complessità dei mercati si colloca lungo una scala che non consente una netta contrapposizione tra i mercati elementari ed i mercati più sofisticati<sup>47</sup>. Parimenti, non può portare ad una soluzione il considerare se i mercati neri ed i mercati grigi siano astrattamente in grado di produrre ricchezza, così ponendo l'accento sull'aspetto meramente economico dell'affare, ove si rilevi che l'apprezzamento di vantaggi e benefici relativi allo scambio, anche se influenzato dall'atteggiamento proibitivo o liberale dell'ordinamento, rimane in ogni caso soggettivo<sup>48</sup>.

Il funzionamento dei *black market* e dei *grey market* non è affidato alla possibilità di ricorrere alla forza coercitiva dello Stato ed una autorità statale terza ed imparziale per risolvere eventuali conflitti che insorgano dalla stipulazione dell'accordo o nella attuazione dello scambio, ma esso è affidato totalmente all'aspettativa di una corretta formazione del consenso ed allo spontaneo rispetto del patto. In un caso, tali elementi

---

<sup>46</sup> L'espressione è di P. Schlesinger, intervento in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato, cit.*, p. 33.

<sup>47</sup> In tal senso, P. Schlesinger, intervento in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato, cit.*, pp. 33, 34.

<sup>48</sup> In tal senso, P. Schlesinger, intervento in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato, cit.*, pp.34 ss.

possono essere coadiuvati dalla possibilità per le organizzazioni criminali di far ricorso alla violenza, cosicché la controparte sarà sempre indotta a particolare prudenza prima di sottrarsi all'adempimento degli impegni assunti; nell'altra ipotesi, gli operatori economici saranno incentivati al rispetto degli accordi assunti dal timore di vedere incrinata la loro credibilità ed affidabilità nel mondo degli affari, come in simili circostanze accade. Approfondite analisi dimostrano, infatti, come il sistema delle borse private e dei mercati autoregolamentati sia sostenuto, principalmente, da sanzioni alternative a quelle statali. In particolare, il rispetto dei contratti e, eventualmente, delle decisioni dei giudici privati, sono assicurati da due principali forme di sanzione: la perdita della possibilità di partecipare alle negoziazioni ed il boicottaggio. Con riferimento la prima forma di sanzione, si deve rilevare che molte regolamentazioni predisposte per le borse private stabiliscono che l'autorizzazione a partecipare alle negoziazioni sia sospesa o definitivamente revocata per gli operatori che non abbiano rispettato una decisione degli arbitri a loro sfavorevole. Per quanto riguarda il secondo tipo di sanzioni, si osserva che in molti mercati un'importante conseguenza che è chiamato a sopportare l'operatore sleale consiste nel rifiuto, generalizzato, degli altri a realizzare con lui ulteriori scambi <sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Illuminante, sul punto, appare l'esempio del mercato dei diamanti: si ricorda che qualora un commerciante di diamanti non adempia un contratto e non rispetti la successiva decisione dei giudici privati la sua immagine viene esposta in tutte le borse dei diamanti, accompagnata dalla descrizione del



Una ulteriore prova del fatto che nei mercati privatamente regolamentati non abbiano necessariamente bisogno della tutela statale è rappresentata da un episodio avvenuto in Germania nel 1896: in forza di una legge, i contratti *future* vennero equiparati alle scommesse e fu prevista la loro nullità. Tale intervento legislativo, tuttavia, non ebbe l'effetto di determinare la scomparsa di questi contratti, che vennero ugualmente stipulati <sup>50</sup>. Il rispetto dei contratti, anche in quel caso, si fondò principalmente sull'interesse degli operatori a non acquisire la fama di contraenti infedeli, da cui sarebbe derivata la perdita di qualunque possibilità di ulteriore scambio <sup>51</sup>.

L'interesse quindi a conservare una reputazione positiva determinava uno spontaneo rispetto degli accordi contrattuali. Ma, in tal senso, nella storia dei mercati possono essere annoverati altri episodi di rilievo. Vi fu, infatti, un periodo nel quale i rapporti fra gli operatori economici furono disciplinati principalmente da norme che non erano state formulate da organi statali e il cui rispetto era esclusivamente assicurato da sanzioni non statali: si tratta del periodo del basso medioevo. In tale epoca, gli scambi avvenivano fra mercanti di culture, lingue, religioni e nazionalità diverse; costoro svilupparono *<il loro privato codice di*

---

tipo di obbligo non rispettato. Al riguardo, L. Bernestein, *Opting out of the Legal Sistem: Extralegal Relations in the Diamond Industry*, 21 *Journal of Legal Studies* 115, 1992.

<sup>50</sup> Si veda S. Pirrong, *Self-regulation of Private Organized Markets*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. III, cit., p. 434.

<sup>51</sup> Rileva che egualmente in Italia già esisteva un mercato dei *futures* quando i giuristi ancora discutevano della liceità e ammissibilità dei rapporti che su quel mercato si sviluppavano, G. Rossi, *Diritto e Mercato*, cit., p. 1448.

*norme e le dispute furono risolte da giudici che potevano essere ufficiali pubblici o mercanti privati*> <sup>52</sup>. Ciò che garantiva il rispetto di siffatte regole, e delle eventuali sentenze, era essenzialmente il timore di acquisire una negativa reputazione: i mercanti che si rifiutavano di rispettare le decisioni dei giudici privati difficilmente riuscivano ad individuare altri operatori ancora disposti ad intrattenere con loro rapporti di affari ed erano, dunque, destinati ad abbandonare l'attività.

Le considerazioni svolte schiudono l'innegabile verità che anche gli scambi illeciti e gli scambi non disciplinati da norme statuali possono svolgersi in un clima di puntuale adempimento che ne assicura regolarità, continuità ed affidabilità. Si è, sul punto, affermato, e giustamente, che il tipo di vincolatività presente negli accordi in esame è del tutto diverso da quello che l'ordinamento conferisce ai contratti tutelati dall'ordinamento giuridico. Ciononostante, parte della dottrina ha affermato che l'esigenza che un mercato sia sorretto da regole non necessariamente implica che tali regole siano giuridiche, *<potendo invece rivelarsi sufficienti le regole accettate di fatto dagli operatori, indipendentemente da ogni sostegno di un'autorità costituita*> <sup>53</sup>. A

---

<sup>52</sup> P. Milgrom, D. North e B. Weingast, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, 2 *Economics and Politics* 1, 1990, p. 2. Il codice di norme era rappresentato dalla *Lex Mercatoria*, un complesso di disposizioni di origine prevalentemente consuetudinaria capace di regolamentare gran parte dei rapporti commerciali ed in grado di adeguarsi alle nuove tipologie di scambi elaborate dai mercanti.

<sup>53</sup> In tal senso, P. Schlesinger, intervento in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., pp.37.

dimostrazione del carattere di spontaneità e pregiuridicità che viene da più parti attribuito al concetto di mercato.

## **5. La rilevanza dei costi di transazione e del sistema giuridico**

Nella indagine sui rapporti tra diritto e mercato, occupa un posto di primaria importanza e merita di essere ricordata la corrente di pensiero che ha ritenuto che la microeconomia, o teoria dei prezzi <sup>54</sup>, fosse applicabile a tutte le scelte dell'uomo, siano esse economiche, politiche o giuridiche, in virtù della considerazione che *<ciò che più distingue l'economia dalle altre discipline all'interno delle scienze sociali non è l'oggetto della materia, bensì l'approccio>* <sup>55</sup>.

Prima che tale orientamento si affacciasse nel dibattito relativo ai rapporti tra mercato e diritto, nella teoria economica si fronteggiavano due opposte fazioni: da un lato, coloro che sostenevano la opportunità di un mercato libero di funzionare spontaneamente, dall'altro lato, coloro i quali giustificavano l'intervento dello Stato nell'economia a scopi correttivi. I primi fondavano le proprie tesi su di un imprescindibile nesso tra mercato ed efficienza: il mercato grazie al meccanismo della

---

<sup>54</sup> Come noto, la microeconomia si occupa di studiare gli elementi determinanti la scelta dei consumatori nell'acquisto di beni e servizi ed i criteri in base ai quali i produttori decidono quali fattori di produzione usare e quali beni e servizi produrre o vendere, nonché le relative quantità.

<sup>55</sup> Becker G.S., *The economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 5.

concorrenza determinerebbe una produzione ed una allocazione di risorse che è la migliore possibile. Si verificherebbe spontaneamente nel mercato una situazione denominata di <ottimo paretiano>; il risultato raggiunto dal mercato in base a puri criteri economici sarebbe così il più efficiente in assoluto, e un intervento esterno, correttivo del mercato, non solo non presenterebbe alcuna utilità, ma sarebbe anzi destinato ad intaccarne l'intrinseca efficienza <sup>56</sup>. I secondi basavano le proprie convinzioni sulla considerazione dell'esistenza nel mercato dei cosiddetti <effetti esterni>, o <esternalità>, di una decisione economica che danneggia o avvantaggia uno o più soggetti che non sono stati partecipi di quella decisione. In particolare, nel caso di esternalità negative, si determinerebbero delle inefficienze, si verificherebbe, cioè, un fallimento del mercato <sup>57</sup>, che renderebbe necessario un intervento dall'esterno finalizzato a correggere l'esternalità ed a rimettere in moto il funzionamento del mercato.

In tale panorama, interviene come elemento fortemente innovativo il pensiero di Ronald Coase, il quale, nell'esame dell'influenza del diritto sul funzionamento del sistema economico, giunge ad affermare che con costi di transazione nulli, i costi sociali ed i costi privati sarebbero

---

<sup>56</sup> Si veda Ferrarese M.R., *Diritto e mercato*, cit., p. 417 ss., ove si osserva che, per i sostenitori di un mercato libero, ogni intervento redistributivo informato a criteri di natura politica è destinato ad incrinare l'efficienza propria del mercato in considerazione e dei costi determinati dal processo di decisione politica, e del fatto che le risorse vengono attribuite anche ove non se ne faranno gli usi più produttivi.

<sup>57</sup> In tema di fallimenti del mercato, si veda Padoa-Schioppa F., *L'economia sotto tutela*, Bologna, 1990.

uguali e, dunque, la allocazione delle risorse umane che si verrebbe a determinare sarebbe la medesima qualunque sia l'assetto giuridico operante. In altri termini, egli asserisce che *< in assenza di costi di transazione, non importa quale legislazione sia vigente, poiché le persone possono sempre negoziare senza costo per acquistare, suddividere, e combinare diritti ogni volta che ciò incrementi il valore della produzione. In un mondo del genere le istituzioni che costituiscono il sistema economico non hanno né sostanza né ragion d'essere >*<sup>58</sup>. Tale ipotesi ricostruttiva era tesa a dimostrare che, in un mondo in cui i costi di transazione fossero nulli, l'assetto normativo non avrebbe avuto alcuna influenza sulla allocazione delle risorse, nel senso che i meccanismi economici sarebbero in grado di determinare da soli, qualunque fosse la legislazione vigente, una situazione finale identica a quella che l'ordinamento mirerebbe ad instaurare<sup>59</sup>. Non solo, lo studioso inglese prima citato, nota inoltre che con transazioni di mercato a costo zero, le eventuale sentenza di un tribunale sulla responsabilità del danno non avrebbe alcun effetto sull'allocazione delle risorse. Tale ragionamento portava a concludere che *<se si assumesse che il sistema dei prezzi funzioni a costo nullo, il risultato ultimo (che massimizza il*

---

<sup>58</sup> Coase R. H., *Impresa, mercato e diritto*, in *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, trad. it. M. Marchesi, p. 55.

<sup>59</sup> Coase R., *Impresa, mercato e diritto*, cit., p. 53 - 54; Coase, *Il problema del costo sociale*, in *Impresa mercato e diritto*, cit., p.218.

valore della produzione) è indipendente dalla situazione giuridica originaria> <sup>60</sup>.

Tali affermazioni spinsero gli economisti a considerare quanto teorizzato da Coase come il <teorema dell'irrelevanza della legge>, ciò derivava dal non aver compreso che il reale intento dell'economista inglese fosse quello di evidenziare a contrario il ruolo fondamentale che hanno (o dovrebbero avere) i costi di transazione nel foggare le istituzioni che governano il sistema economico. Un mondo con costi di transazione nulli ed un sistema economico autosufficiente è , infatti, un mondo puramente ipotetico, lungi dal poter essere in qualche modo reale <sup>61</sup>. Il teorema di Coase, invece, deve essere inteso come una premessa per analizzare i problemi posti dal mondo reale, cioè quello con costi di transazione positivi, in cui il sistema giuridico assume una importanza cruciale <sup>62</sup>, visto che ciò che viene scambiato sul mercato è costituito non da beni materiali, come si suppone, ma da diritti, diritti previsti e disciplinati dall'ordinamento giuridico. Ciò che in realtà si vuole dimostrare è che la visione del sistema economico come una macchina funzionante da sola e spontaneamente è plausibile solo in via puramente teorica, e dunque la incapacità degli economisti di comprendere le regolamentazioni dei

---

<sup>60</sup> Coase R., *Il problema del costo sociale*, cit., p.208.

<sup>61</sup> La mano invisibile ordinatrice degli scambi viene respinta da Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11, secondo il quale anche la dicotomia di Hayek (*nomoi* e *thesis*) mostra che il mercato, in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinatrici; e che ogni mercato è quale viene designato dal suo proprio statuto giuridico. Non da mani invisibili, ma dalla piena e ferma visibilità di regole giuridiche.

<sup>62</sup> Coase R., *La struttura istituzionale della produzione*, in *Impresa mercato e diritto*, cit., p. 336 ss.

mercati va ricercata nel fatto che essi non hanno mai inserito, nelle loro analisi, i costi che necessariamente si devono essere sopportare per attuare gli scambi: infatti, solo attraverso la considerazione di tali costi si può cercare di capire perché i mercati, anche quelli concorrenziali, richiedano così complesse regolamentazioni.

Con Coase dunque la teoria economica moderna si arricchisce di una nuova voce che, ponendosi dal punto di osservazione dei costi positivi, giunge a riconoscere l'importanza del diritto nel funzionamento del sistema economico.

Tuttavia, l'autore, pur definendo cruciale il ruolo del diritto per il funzionamento del sistema economico, dalla constatazione secondo la quale i mercati necessitano generalmente di complesse discipline, non arriva a dedurre la conclusione che nessun tipo di mercato possa esistere senza l'intervento regolativo dello Stato.

Se il pensiero di Coase fosse portato alle estreme e logiche conseguenze, si dovrebbe invece affermare che siamo di fronte non già ad un mercato come entità esistente in *rerum natura* – ordine spontaneo di scambi –, nel quale l'intervento dall'esterno delle norme è meramente secondario ed eventuale, destinato a porre rimedio agli eventi patologici, bensì ad un sistema che, se lasciato a se stesso, determina un disordine spontaneo, un non-mercato, nel quale l'intervento delle norme è primario ed essenziale per il suo stesso funzionamento.

Dall'altro lato, anche se Coase giunge a ritenere fondamentale la presenza di una struttura istituzionale che governi il sistema economico, sembra però affermare la necessità che il diritto, e quindi la norma, assuma quel contenuto che <tecnicamente> determina la riduzione dei costi di transazione (ed è quindi volto alla massimizzazione del valore della produzione). Sembra, dunque, suggerire Coase che vi è una soluzione tecnica che la norma non deve far altro che assecondare, e che, in quanto tecnica (o tecnicamente corretta), si sottrae al dissenso ed al dibattito politico.

## **6. Il diritto tra spontaneità involontaria della società economica e legge etica**

Distante dall'orientamento naturalistico sopra descritto, secondo il quale l'economia avrebbe sue proprie regole indipendenti e quasi indifferenti alle leggi degli uomini, e parimenti distante dall'indirizzo che giunge alla negazione delle leggi naturali dell'economia al fine di attribuire al diritto una assoluta priorità logica, si situa la diversa corrente di pensiero che introduce nell'analisi del rapporto tra fenomeno economico e fenomeno giuridico l'esperienza etica, secondo un percorso argomentativo che idealmente giunge a raffigurare il diritto come un <ponete> tra l'etica e l'economia.



La imprescindibile premessa, da cui si muove nella direzione accennata, è quella secondo cui *<gli uomini fondano gli Stati e creano sistemi di ordinamento giuridico celebrando la volontà di attuare o di sempre più accostarsi a questa eterna idea della giustizia che è legge dell'assoluto>*<sup>63</sup>, di tal che il fondamento di tutto il diritto deve identificarsi nella essenziale legge morale, che trascende l'immediatezza arbitraria della realtà, ponendosi obiettiva ed immutabile sopra l'incessabile variare del reale, ed introduce il dovere nell'esperienza umana, così elevando l'attività pratica a moralità. Da codesta essenziale moralità deriverebbe tutto il diritto ed ogni posizione di autorità.

Nella ricostruzione dello studioso che è stato il maggior esponente di tale indirizzo, la società economica sarebbe costituita da un insieme disordinato di istinti, azioni, sentimenti e raziocini dell'uomo che agisce per soddisfare i propri bisogni materiali, senza alcuna consapevolezza dell'agire altrui<sup>64</sup>. In siffatto contesto *<la relazione tra uomo e uomo è un antagonismo perennemente in atto o in potenza, e tutta la società non è che un continuo dissenso e una lotta continua. Fondandosi sulla quantità e sui beni che si riassumono nella quantità, la società economica è inconcepibile senza lotta è anzi costituita da questa lotta:*

---

<sup>63</sup> G. Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 179.

<sup>64</sup> G. Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, *cit.*, p. 197 ss. Nel medesimo senso si esprime F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Roma, 1954, pp. 11 e ss., ove afferma che l'agire economico, senza il vincolo posto da norme giuridiche, darebbe esito ad un mero processo di oggettivizzazione della volontà del singolo nelle cose e costringerebbe gli uomini alla guerra ed al disordine.

*un perenne scontrarsi di forze sopra un bene conteso*> <sup>65</sup>, quasi che oggetto della volontà economica sia esclusivamente la cosa o l'utilità derivante da questa, mentre la volontà altrui costituisce un intralcio da rimuovere.

Di qui l'esigenza di un ordine <sup>66</sup>: tutte le attività dell'*homo oeconomicus* devono essere sottomesse ad una regola posta dall'esterno che le conduca alla *<vera vita profonda>*, in cui risiede l'essenza della loro natura. Nel fenomeno giuridico, infatti, si attua un processo di oggettivizzazione della propria volontà nell'azione altrui: l'individuo acquista la consapevolezza che il raggiungimento dei beni che vuole conseguire è possibile solo attraverso la mediazione di un altro individuo. *<La volontà contrattuale>* è stato asserito *<cessa dal riguardare come suo diretto fine l'utilità, ma interpretando al loro esatto valore di verità, nella loro concreta e sussistente realtà, sia la propria azione, sia la natura di quell'ostacolo, (...) e poiché quell'ostacolo è anch'esso fine, e per ciò invincibile, prende per suo proprio oggetto quello che nel fatto è il vero oggetto dell'azione anche nell'attrito del rapporto economico, cioè l'altra volontà. (...) Il soggetto*

---

<sup>65</sup> G. Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, cit., p. 197. Al riguardo, F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 11, afferma: *<La divisa dell'economia è, purtroppo, homo homini lupus; l'uomo, economicamente, si comporta di fronte all'altro uomo come un animale da preda. In luogo di lasciare a ciascuno ciò che egli è riuscito a prendere, l'altro è tentato di portarglielo via>*. Sul punto si veda anche Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 42.

<sup>66</sup> F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 12, esprime tale concetto con rara efficacia: *<Il segreto del diritto sta proprio in ciò, che gli uomini non possono vivere nel caos. L'ordine è a loro necessario come l'aria per respirare. Come la guerra si risolve nel disordine così l'ordine nella pace (...). Ciò che mette fine alla guerra è il pactum; e la radice di patto è pax>*.

*passa dall'utilità alla volontà, scopre la volontà e da essa fa dipendere la soluzione del suo problema*> <sup>67</sup>. Dunque, la disciplina regolatrice del contratto, impegnando *<l'azione futura>* <sup>68</sup> di un individuo e chiedendo *<l'impegno dell'altra volontà>* <sup>69</sup>, impedisce che il soddisfacimento dei bisogni materiali del singolo si estrinsechi in un disordinato conflitto tra spinte contrapposte ed impone alla volontà del soggetto di agire diversamente da come, invece, sarebbe dettato dalla propria convenienza economica <sup>70</sup>.

L'esigenza di una regola esterna, che garantisca lo svolgimento naturale della funzione della società economica nei termini delineati, lascia trasparire quale rapporto intercorre tra diritto ed economia. L'ordinamento giuridico, svolgendo il compito di ricondurre tutte le forze e le forme sociali alla verità della propria natura, contiene ed imbriglia il fenomeno economico, affinché questo non invada tutto il campo del reale, ma si riduca alla essenzialità della sua natura, cioè a quel complesso di rapporti ed attività tesi alla produzione e alla

---

<sup>67</sup> G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune (Il contratto)*, in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 121. L'Autore precisa: *<Questo prendere per oggetto la volontà invece della cosa, questo sostituire all'utilità l'obbligazione, questo affidarsi all'altra volontà per raggiungere fini di utilità e nel mezzo stesso della lotta delle utilità, è proprio la novità che segna il contratto nella storia del volere>*.

<sup>68</sup> G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune (Il contratto)*, cit., p. 122.

<sup>69</sup> G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune (Il contratto)*, cit., p. 122.

<sup>70</sup> G. Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, p. 235. Aspre critiche a tale impostazione sono state sollevate da Cesarini Sforza, il quale riteneva che non fosse possibile ridurre il diritto a vincolo del puro calcolo economico: *<il diritto è vincolo se si considera il rapporto fra i soggetti economici dalla parte di colui che si assume (...) un obbligo, ma dalla parte di chi è titolare del corrispondente diritto soggettivo l'ordine giuridico significa potenziamento della di lui volontà, avvaloramento della sua libertà di azione>*. Così W. Cesarini Sforza nel suo saggio introduttivo all'opera di V. Palazzolo, *Contributo allo studio dei rapporti fra Economia e Diritto*, Roma, 1960.

distribuzione di beni materiali e servizi per la soddisfazione dei bisogni dell'individuo <sup>71</sup>.

In tale ottica, tuttavia, pur se sembra di trovarsi innanzi all'immagine di un'economia preesistente che il diritto si limiterebbe a disciplinare dall'esterno, secondo il tradizionale schema dualistico di forma giuridica e materia economica, *<il diritto non sta fuori dall'economia con un rapporto di forma e materia, (...) ma (...) è la consapevolezza o la coscienza umana della economia, lo sforzo economico che è diventato cosciente di sé e delle sue condizioni>* <sup>72</sup>, in quanto solo mediante le norme giuridiche è concesso alle parti lo strumento per soddisfare i diversi interessi economici, assicurando l'idoneità tecnica del mezzo e la prevedibilità dei rischi. Pertanto, se in riferimento al diritto vuol parlarsi di forma giuridica, è indispensabile specificare che essa è una forma intrinseca alla materia <sup>73</sup>, essendo il diritto un imprescindibile modo d'essere della libertà dei soggetti, nonché essenza vera dell'azione economica.

Ciononostante, altrettanto erroneo sarebbe affermare che tale orientamento sposa la teoria monastica della totale compenetrazione tra istituti giuridici ed istituti economici: l'aspetto più significativo del

---

<sup>71</sup> G. Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, cit., p. 280 ss.

<sup>72</sup> G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune (Nota sull'esperienza giuridica)*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 161.

<sup>73</sup> In tal senso, G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, cit., p. 162. L'Autore spiega che si tratta di *<veste intrinseca al corpo veste che è la stessa cosa del corpo, vera forma, cioè espressione definitiva e modo di essere compiuto e perfetto di quello sforzo>*.

rapporto tra economia e diritto pare, infatti, essere ravvisato proprio nel carattere autonomo di quest'ultimo che *<si presenta di fronte all'economia, con una sua autonomia, con i suoi criteri, con una vita propria, con un suo proprio e indipendente svolgimento>*<sup>74</sup>.

Tale apparente discrasia non può essere risolta se non con la dovuta considerazione dell'importanza e del rilievo attribuiti al problema etico dell'attività economica nella impostazione poc'anzi tratteggiata. Attività etica ed iniziativa economica sarebbero così intimamente legate che compito precipuo del diritto è quello di *<elevare o ridurre>*<sup>75</sup> l'economia all'etica, quasi a mutarne l'originaria natura caratterizzata da una logica prettamente utilitaristica<sup>76</sup>: il problema etico dell'azione economica è risolubile solo con quella situazione di necessità creata dalla norma che pone il dovere giuridico; in tali termini si chiarisce il richiamo all'immagine del diritto vincolatore che costringe l'azione economica a direzioni diverse da quelle che il puro calcolo economico richiederebbe<sup>77</sup>. L'obbligo giuridico, infatti, colorandosi di valore etico, determina il risvegliarsi, nell'interiorità del singolo, del senso di

---

<sup>74</sup> G. Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto*, cit., p. 231.

<sup>75</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, *Foro italiano*, Roma, 1951, p. 21. Il pensiero carneluttiano sul rapporto tra diritto ed economia è strettamente condizionato dall'ordine etico o morale; il fine del diritto consiste, per l'Autore *<nel ridurre all'etica l'economia>* per mezzo della forza di cui la regola morale non è fornita.

<sup>76</sup> G. Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto*, cit., pp. 256 ss. e 284 ss.

<sup>77</sup> Autorevole dottrina, diversamente, ritiene che la razionalità come elemento di eticità della forma economica di mercato non abbia alcun bisogno di un ordine giuridico. Si veda Al riguardo A. K. Sen, *Money and Value: on Ethics and Economics of Finance*, ed. italiana, *Denaro e Valore: Etica ed economia della Finanza*, Roma, 1991.

responsabilità nell'esercizio dell'attività economica <sup>78</sup>, in modo che essa raggiunga la <*sua espressione definitiva*>.

Per un semplice accenno, paiono qui ritrovarsi alcuni tratti ideologici di quella medesima finalità che permea trasversalmente l'attuale disciplina in materia di concorrenza e di pubblicità ingannevole, nonché quella sulla responsabilità del produttore per merci difettose, le norme sul credito al consumo e sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: garantire al soggetto libertà e consapevolezza della scelta economica in un regime di autoresponsabilità <sup>79</sup>.

Tale finalità *interna* al destinatario della norma giuridica quest'ultima è chiamata a perseguire; ed allora il condizionamento del fenomeno giuridico sulla realtà economica è tale che il diritto sembra <*imporre l'etica all'economia*> <sup>80</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si può, dunque, ben comprendere l'antinomia, solo apparente, nell'orientamento di cui, per sommi capi ed accenti, si è dato conto: il diritto appare come elemento <*esterno*> rispetto all'economia, con una sua autonomia, suoi criteri, una vita

---

<sup>78</sup> Al riguardo, è doveroso menzionare la combinazione jeringhiana tra ricompensa economica e <*ricompensa interna*>, ove quest'ultima è intesa come <*il godimento del lavoro spirituale in sé, lo stimolo a saggiare le proprie forze, la gioia della scoperta, il piacere della creazione, la coscienza di aver reso un servizio al mondo e di aver usato le proprie forze per il bene dell'umanità*> (R. Jhering, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, 1972, p. 145).

<sup>79</sup> N. Irti, *Persona e mercato*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 65 ss.

<sup>80</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 21. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, lo studioso da ultimo menzionato, a differenza di G. Capograssi, il quale considera il diritto come una fase di sviluppo dell'azione umana, pone l'accento non tanto sul profilo *interno* del diritto, quanto sull'organizzazione di mezzi di cui il diritto è dotato al fine arginare il conflitto di interessi economici e la disgregazione sociale.

propria, nel momento genetico dell'azione economica; muta poi in elemento <interno> nel momento attuativo dello sforzo economico, allorquando quest'ultimo riesce a raggiungere la sua forma giuridica: il carattere interno del diritto rispetto all'economia esprime una necessità per il pieno svolgimento dell'azione economica, un passaggio indispensabile per rendere il soggetto consapevole dell'intrinseco valore della sua azione in sé e della responsabilità in essa contenuta.

## **7. La priorità logica del diritto e la sua funzione conformatrice**

I diversi indirizzi di cui è stata tracciata qualche linea, e che rappresentano le declinazioni più rilevanti dell'orientamento naturalistico, presentano il comune denominatore di non rifiutare lo Stato, né il diritto <sup>81</sup>, ma di chiedere ad ambedue di restringersi al minimo, provvedendo alla tutela dell'ordine pubblico, alla garanzia dei patti liberamente convenuti: le leggi di natura necessitano dell'ausilio delle leggi umane, ma determinano la misura di questa presenza. Ulteriore importante corollario, tratto dalle ipotesi ricostruttive di cui si è dato conto, è che ove si afferma che l'economia è governata da leggi di

---

<sup>81</sup> E' bene ricordare che anche A. Smith, padre del liberismo classico, non escludeva affatto il ruolo dello Stato e dell'intervento pubblico, come è evidente in *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, trad. it. Torino, 1950, p. 650, ove afferma <l'acquisto di una proprietà notevole ed estesa richiede necessariamente l'istituzione di un governo civile. Dove non vi è alcuna proprietà, o almeno non vi è alcuna proprietà che superi il valore di due o tre giornate di lavoro, il governo civile non è altrettanto necessario>.

natura, suscettibili, al pari delle leggi della fisica, di essere accertate come un che di esterno e di oggettivo, allora si svelano le pretese di neutralità politica e competenza tecnocratica della dottrina naturalistica dell'economia. I problemi economici possono ricevere una soluzione tecnica, sottratta al dibattito politico ed al dissenso ideologico, che il legislatore trasfonderà nel contenuto delle norme giuridiche.

Orbene, un netto e fermo rifiuto di qualsiasi naturalismo economico, secondo cui il diritto appaia come semplice immagine o riproduzione di un ordine esistente prima e fuori di esso e l'economia di mercato sia provvista dei caratteri di assolutezza ed incondizionata validità, è stato opposto da quanti hanno sagacemente rilevato l'antinomia logica di tale corrente di pensiero. Essa non è enunciabile, né mai è stata enunciata, se non presupponendo un dato regime di istituti giuridici. Qualsiasi descrizione di economie naturali si trova, infatti, nella necessità logica di postulare forme ed istituti giuridici <sup>82</sup> e qualsiasi accordo postula norme giuridiche capaci di renderlo vincolante e di munirlo di garanzie coercitive.

Tale rilievo è sufficiente per rovesciare il rapporto tra diritto ed economia, ed asserire che è invece il diritto a conformare i vari regimi di produzione e circolazione dei beni, a dare forma ad eventi esterni

---

<sup>82</sup> La descrizione dell'economia collettivistica presuppone la proprietà pubblica, l'assegnazione amministrativa dei beni, la garanzia giudiziale degli interessi; così come la descrizione dell'economia di mercato presuppone la proprietà privata dei mezzi di produzione, la tutela degli accordi e la garanzia giudiziale dei diritti.



costituendoli come fatti giuridici <sup>83</sup>. Dunque, il contenuto delle norme e la conformazione dell'economia in un modo piuttosto che in un altro, dipende, in tale ottica, non da un rispecchiamento di leggi naturali e soluzioni tecniche, ma esclusivamente da una scelta di politica legislativa. E' la decisione politica che conferisce forma all'economia e la fa, di tempo in tempo, collettivistica, mercantile, o mista, sicché appare innegabile il primato del diritto.

Posto in tali termini il rapporto tra diritto ed economia, si evince chiaramente il carattere artificiale, politico e storico del mercato, carattere di cui nel prosieguo si darà conto.

Il mercato non è *locus naturalis*, non è in *rerum oeconomicum natura*, esso è il proprio e determinato contenuto di norme le quali, di volta in volta, lo prevedono e disciplinano riguardo ad un certo bene, o ad una certa categoria di beni. Il mercato viene definito come unità giuridica di relazioni di scambio: gli accordi di scambio in tanto si riconoscono, in quanto vengono accomunati nella forma unificante del diritto. Ogni mercato è uno statuto di norme ed alla pluralità dei mercati corrisponde una pluralità di statuti normativi.

---

<sup>83</sup> Come non richiamare i celebri versi di W. H. Auden:

<Law, say gardeners, is the sun.

Law is the one

All gardeners obey

To-morrow, yesterday, to-day> (W. H. Auden, *Poems*, Ed. E. Mendelson, Londra, 1979, n. 48).

In considerazione di tali assunti, è agevole anche ribattere a quanti hanno stigmatizzato i mercati <neri> e <grigi> come la prova della preminenza delle leggi economiche. Non vale opporre l'esistenza di mercati <non regolati> o di mercati <illeciti> all'affermazione che il mercato designa un insieme di norme giuridiche: da un lato, perché il <non regolato> indica la liceità degli accordi che a quei mercati appartengono, dall'altro lato, perché l'<illecito> è una qualifica attribuita in base a date norme. Liceità ed illiceità sono entrambe forme di giuridicità.

Il mercato è stato, dunque, efficacemente definito come *locus artificialis*, ossia <fatto con l'arte del legiferare>. Codesta artificiosità del mercato ne comporta la politicità: se artificiale è il giuridico, e il giuridico è determinato dalla decisione politica, allora i due profili finiscono per identificarsi e cogliere due sfaccettature di un medesimo fenomeno. L'economia di mercato è uno tra i possibili contenuti della decisione politica e della scelta legislativa. Non un contenuto imposto da leggi esterne di natura, ma deciso dalla volontà politica del legislatore. Le regole danno, dunque, una determinata forma alle relazioni di scambio che non possono esistere prima dell'intervento normativo che determina in pari tempo la struttura del mercato in base ad un preciso disegno politico <sup>84</sup>. Come accennato, infatti le norme giuridiche che

---

<sup>84</sup> Irte N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 34 ss.

assicurano il funzionamento del mercato si sono storicamente affermate attraverso il succedersi di scelte politiche precise che hanno dato soluzioni diverse ai conflitti sociali circa il modo di regolare ed ordinare interessi economici contrapposti ed in tal senso, il diritto costituisce una componente strutturale determinante del fenomeno economico <sup>85</sup>.

E da ciò, l'ulteriore carattere della relatività storica del mercato. Poiché l'economia di mercato non possiede nulla dell'oggettività incontestabile delle leggi di natura, ma viene costituita dalle norme giuridiche, frutto a loro volta di decisioni politiche, essa è solo una tra le alternative possibili, tra le proposte politiche, che nel tempo possono avvicinarsi.

Tale ipotesi ricostruttiva, in conclusione, afferma che il mercato non esprime dall'interno il suo proprio diritto, ma quest'ultimo dall'esterno conforma e costituisce il primo, che il contenuto delle norme scaturisce sempre da una decisione politica e, dunque, la fisionomia giuridica del mercato è tracciata da una decisione di potere, e non dalla pretesa neutralità delle tecnocrazie.

## **8. Il mercato tra forma giuridica e contenuto economico**

Alla luce dell'orientamento di cui da ultimo si è dato conto, il mercato si configurerebbe come un sistema in cui si realizzano un numero

---

<sup>85</sup> Calogero G., *Etica, giuridica, politica*, Torino, 1946, p. 305 ss.

indefinito e non predeterminabile di scambi, secondo un ordine giuridico determinato da una precisa volontà del legislatore. Le regole giuridiche, si afferma, conformano il mercato, delineando confini e modalità entro cui possono realizzarsi gli scambi economici; regole giuridiche che derivano da una scelta di politica del diritto.

Non solo, infatti, la stessa esistenza del mercato dipende da una scelta precisa dell'ordinamento che preferisce tale sistema economico ad altri possibili modelli organizzativi di tipo collettivistico o misto <sup>86</sup>, ma quest'ultimo si preoccupa di garantire anche il corretto ed efficiente funzionamento del mercato *<mediante norme volte a contrastare fenomeni che ne determinerebbero il fallimento o che comunque impedirebbero ad esso di operare rispetto a determinati rapporti connotati da una rilevante disparità di potere contrattuale>* <sup>87</sup>

Considerazione quest'ultima che sottolinea come gli scambi non potrebbero trovare puntuale attuazione secondo un ordine spontaneo che fosse indipendente da un riconoscimento giuridico della loro efficacia vincolante. Rispetto alla logica utilitaristica che governa gli affari - secondo la quale, in un contesto di scarsità delle risorse rispetto ai bisogni e desideri umani, ciascuno è naturalmente portato a massimizzare il proprio interesse soggettivo -, solo il diritto può

---

<sup>86</sup> Castronovo C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, Europa e diritto privato*, 2006, pp. 411 ss.

<sup>87</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 41.

impedire che le pulsioni egoistiche che muovono i contraenti si concretizzino nel mancato rispetto degli impegni assunti. Solamente la forza coercitiva dello Stato può contrastare tale tendenza, garantendo agli scambi *<quel grado di affidabilità indispensabile affinché questi si succedano con la regolarità e la continuità necessaria per dar vita a un vero mercato, il quale non è pensabile se non come insieme di accordi giuridicamente vincolanti>*<sup>88</sup>.

E' evidente che tale ricostruzione si oppone a qualsiasi naturalismo economico, secondo cui il diritto appaia come semplice immagine o riproduzione di un ordine che sia prima e fuori di esso e l'economia di mercato sarebbe provvista dei caratteri di assolutezza ed incondizionata validità. Essa, tuttavia, nell'avvalersi della tradizionale formula secondo cui il rapporto tra diritto ed economia si porrebbe negli stessi termini della relazione logica che corre tra forma e contenuto, e nel risolvere tale formula nell'affermazione secondo cui le regole danno una forma determinata alle relazioni di scambio - le quali, a loro volta, non possono esistere prima dell'intervento normativo che determina in pari tempo la struttura del mercato -, corre il rischio di rimanere astratta, se non indagata alla stregua di riscontri offerti dalla quotidianità e dai singoli comportamenti dei soggetti. Sul punto si è, infatti, asserito con limpida

---

<sup>88</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 42.

chiarezza che *<La connessione tra forma giuridica e materia economica si manifesta anzitutto nel comportamento individuale>*<sup>89</sup>.

In tal senso, è stato correttamente affermato che il mercato, riflettendo la caratteristica propria del diritto come fatto sociale, non è un prodotto esclusivo della legge, *<in quanto rappresenta il risultato di un'esperienza plurisecolare>*<sup>90</sup>. Piuttosto, deve osservarsi che il mercato non si riduce a una determinazione della volontà politica e legislativa che trascenda la realtà regolata: in primo luogo, se, infatti, il sistema economico del libero scambio necessita della esistenza di istituti giuridici, non può però affermarsi che questi istituti trovino automaticamente riconoscimento in una organizzazione economica<sup>91</sup>. Inoltre, un sistema di regole che costituisca e regoli il mercato rimanendo insensibile a qualsiasi condizionamento economico non sarebbe ammissibile, ma anzi deve riconoscersi che la disciplina legale concorre con altri fattori, economici, sociali, a determinare la struttura e le caratteristiche del mercato e delle relazioni di scambio che sorgono al suo interno<sup>92</sup>. Le esigenze dell'economia ben possono porre un limite all'intervento politico legislativo, in modo che la norma che le

---

<sup>89</sup> Mengoni L., *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 149.

<sup>90</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 44. Si vedano anche Libonati B., *Ordine economico e legge economica del mercato*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, I, 2, Milano, 1999, pp. 633 ss.; Bobbio N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 166 ss.

<sup>91</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 45. Nel medesimo senso Draghi M., *Intervento*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 81 ss. Si vedano sul punto le considerazioni di Castronovo C., *Il capitalismo come vicenda giuridica*, *Rel. Ind.*, 1983, p. 187.

<sup>92</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 45.

disapprovi abbia un valore puramente enunciatario. Sul punto, è stato asserito che, oltre ad un ordine giuridico del mercato, esiste anche un *<ordine economico del diritto, inteso come valutazione economica dei comportamenti degli individui e della ripartizione dei costi e dei benefici, individuali e collettivi, in un determinato sistema legislativo>*<sup>93</sup>, di talché deve riconoscersi che al mercato è attribuito *<il compito di determinare i limiti e la compatibilità entro i quali l'azione politica deve contenere il soddisfacimento dei bisogni espressi dalla società civile>*<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Draghi M., *Intervento*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 85.

<sup>94</sup> Mengoni L., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, Lezioni a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 39. Si vedano sul punto le considerazioni di Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 46.

## CAPITOLO II

### DALLA TEORIA GENERALE DEL MERCATO AL DIRITTO POSITIVO

Sommario: 1. La doppia struttura del mercato concorrenziale 2. Diritto comunitario e limiti del mercato 3. Il rapporto tra regole del mercato e regole nel mercato 3.2 I contratti *<a valle>* di una intesa anticoncorrenziale 4. Le regole *<nel mercato>*, diritto di negozi, di soggetti e di beni 5. Venditori e consumatori 6. Contratto tra consumatore e professionista e contratto con asimmetria di potere contrattuale 7. Crisi del paradigma contrattuale e terzo contratto 8. L'asimmetria di potere contrattuale tra tutela del singolo contraente debole e tutela del mercato in generale 9. Gli approdi della giurisprudenza in tema di abuso di dipendenza economica

#### **1. La doppia struttura del mercato concorrenziale**

Nella poc'anzi delineata natura del mercato come *<locus artificialis>*, come forma artificiale plasmata dall'ordinamento giuridico, si è osservato che abbia fondamento l'interazione tra diritto civile e diritto della concorrenza <sup>95</sup>. Il funzionamento del mercato presuppone, infatti,

---

<sup>95</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, cit., p. 40 e ss.



da un lato norme volte a garantire il corretto svolgimento della concorrenza, dall'altro <istituti giuridici propri del diritto privato che in primo luogo individuano attraverso regole di appartenenza i diritti che possono formare oggetto di scambio e i soggetti che in quanto titolari sono legittimati a disporre in cambio dell'attribuzione di situazioni corrispettive di vantaggio> <sup>96</sup>.

E' stato rilevato, infatti, che il mercato di creazione giuridica altro non sarebbe se non il risultato di una specifica politica del diritto tesa a modificare la realtà del mercato geografico, luogo fisico degli scambi, ove la concorrenzialità è circostanza innaturale <sup>97</sup> -avendo questo una naturale tendenza verso il monopolio , cioè verso la supremazia di una impresa sulle altre -, in luogo obbligatoriamente concorrenziale degli scambi <sup>98</sup>.

Dunque, per poter strutturare un mercato concorrenziale parrebbero indispensabili norme che intervengano continuamente sul mercato al fine

---

<sup>96</sup> A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 41. Nel medesimo senso Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 41 ss.

<sup>97</sup> Al riguardo Ferro-Luzzi F., *Regole del mercato, regole nel mercato [prolegomeni in tema di]*, Roma, 2009, p. 13 ss., rileva che caratteristica preminente del mercato concorrenziale è quella di essere esattamente equidistante dal mercato capitalistico e dal mercato socialista. Con riferimento a tali due modelli di mercato lo studioso afferma che <il punto di arrivo del mercato strutturato secondo una visione strettamente capitalistica (...) coincide con il punto di partenza del mercato strutturato secondo una visione strettamente socialista>: ove non intervenga una disciplina della concorrenza, il mercato si evolve, infatti, verso il monopolio, arrivando all'esistenza di una sola impresa, produttrice e fornitrice per tipo di bene o servizio, che impone le proprie condizioni. Situazione quest'ultima che è a ben vedere il punto di partenza dei sistemi economici socialisti.

<sup>98</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 13. L'autore afferma che potrebbe pertanto condividersi l'ipotesi ricostruttiva a mente della quale il mercato è entità esclusivamente giuridica unicamenter nei limiti in cui si consideri mercato solo quello ove si possa contare su una struttura di regole chiare e dove un ente sovraordinato è in grado di far rispettare le regole.

di trattenerlo all'interno di un percorso che non gli sarebbe proprio. Tali disposizioni normative costituiscono il complesso delle <regole del mercato>, le quali delineano precisi confini all'interno dei quali debbono avvenire gli scambi. All'interno di queste regole di funzionamento del mercato, sarebbe poi ravvisabile una ulteriore struttura complessa di regole che disciplinano i singoli specifici comportamenti delle persone assoggettate a quel determinato sistema di mercato <sup>99</sup>.

Il mercato concorrenziale necessita quindi, secondo la ricostruzione prospettata, di una doppia struttura normativa: <regole del mercato>, direttrici entro le quali può svolgersi l'attività dei singoli soggetti che operano in quello specifico luogo geografico e giuridico, e <regole nel mercato>, le quali disciplinano, all'interno dei confini individuati, i rapporti tra soggetti operanti in quel determinato, specifico, luogo geografico e giuridico <sup>100</sup>. Due strutture composite e differenti, pertanto, ma essenzialmente concentriche: il cerchio esterno sarebbe costituito da un cerchio formato da un sistema legislativo strutturato al fine di assicurare il funzionamento del mercato secondo la razionalità economica; all'interno di esso vi sarebbe un diverso cerchio costituito da

---

<sup>99</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 13 e ss.

<sup>100</sup> Tale doppia struttura concentrica, necessaria nel mercato concorrenziale, non si ravvisa nel mercato prettamente capitalistico, né nel mercato socialista. Nel sistema economico capitalistico il mercato richiede unicamente regole nel mercato, non necessitando di una cornice ideale al cui interno tali regole debbano svolgersi. Nel sistema economico socialista, invece, vi sono solo regole *del* mercato poiché il legislatore è anche parte contrattuale.

un sistema legislativo strutturato affinché gli scambi avvengano in maniera coerente rispetto ai principi di cui al cerchio esterno.

Orbene, appare evidente che tanto più complesse e composite sono tali strutture, quanto più sono i sistemi sovraordinati che dettano le regole del mercato: esemplificativo, al riguardo, è il sistema in cui sono assoggettati gli Stati appartenenti alla Comunità Europea, nei quali la struttura viene amplificata e complicata da un aggiuntivo sistema legislativo <sup>101</sup>, che costituisce un cerchio esterno ai due menzionati, il cui scopo è quello di *<assicurare il funzionamento del mercato secondo una razionalità economica che non necessariamente coincide con l'idea di razionalità economica in base alla quale sono state predisposte le regole del mercato dettate dai singoli Stati appartenenti>* <sup>102</sup>.

Sotto diverso profilo, tale modello pone l'ulteriore problema del reciproco rapporto esistente tra le due strutture normative. E' opportuno chiedersi, infatti, se i due piani di cui alle regole del mercato e alle regole nel mercato possano mai intersecarsi: posto, infatti, che il legislatore individua i confini entro i quali i consociati possono operare,

---

<sup>101</sup> Come noto, l'adesione alla Comunità europea ha comportato, nelle materie di competenza di questa, la contestuale presenza di fonti di diritto interno e di fonti di diritto comunitario. Al riguardo, merita di essere ricordato che, per demarcare i termini del rapporto tra i due ordinamenti, è stato determinante, non solo la presa d'atto di tale compresenza ed il pacifico riconoscimento del suo fondamento nell'art. 11 Cost, ma soprattutto la sofferta riflessione della Corte Costituzionale che ha trovato il suo punto di arrivo nella sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. It.*, 1984, I,1, 1521. Si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia CE 22 ottobre 1998 – Cause da C-10/97 a C-22/97.

<sup>102</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 18. Sul punto G. Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e dir. Priv.*, 2007, p. 382 ss., afferma che *<il diritto europeo avrebbe il compito di assicurare il funzionamento del mercato e di garantire il rispetto della razionalità economica; gli stati nazionali 'interventisti' avrebbero, invece, la responsabilità di accogliere le istanze sociali e di affrontare le disuguaglianze che il modello mercantile produce>*.

è opportuno chiedersi se la eventuale violazione delle regole del mercato, nei limiti in cui non vada ad incidere sulle regole del mercato, possa comportare il sorgere in capo al singolo consociato di un diritto soggettivo.

E proprio all'approfondimento di tali temi, l'influenza del diritto comunitario su quelle che sopra sono state definite regole *<del>* e *<nel>* mercato ed il reciproco rapporto tra le due strutture normative sarà uno dei temi di indagine svolti nelle pagine a seguire.

## **2. Diritto comunitario e limiti del mercato**

Il sistema comunitario, secondo parte della dottrina, muove dal principio del c.d. *<fallimento del mercato>*<sup>103</sup>. L'idea sottostante al diritto comunitario è che il libero esplicarsi delle volontà individuali non conduce alla stabilità del sistema economico concorrenziale, ciò rende, dunque, indispensabile un intervento dall'esterno per indirizzare il sistema verso un percorso da cui, in assenza di correttivi, svierebbe.

Tale intervento cui si è appena fatto riferimento, trova svolgimento secondo due differenti direzioni, distinguendo tra un intervento nei contratti dei consumatori e un intervento nei contratti d'impresa. E' bene ricordare, infatti, che il diritto comunitario, con

---

<sup>103</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 18 ss.

riferimento alla materia contrattuale <sup>104</sup>, si era in un primo tempo occupato dei settori inerenti la circolazione dei beni di consumo e di alcune categorie di servizi, rivolgendo, dunque, precipua attenzione alla tutela del consumatore <sup>105</sup>, per poi estendere l'ambito della regolazione a settori più ampi, quali quelli relativi alle clausole abusive alle garanzie nella vendita, per poi approdare alla disciplina dei contratti tra professionisti in alcuni settori specifici <sup>106</sup>.

Tali interventi trovano ragione e giustificazione, sia sul piano della politica economico-sociale dell'Unione europea sia sul piano tecnico-giuridico, e sono strettamente connessi all'esigenza di armonizzare e coordinare le regole vigenti negli ordinamenti dei Paesi membri per assicurare, da un lato, ai consumatori una protezione di eguale livello

---

<sup>104</sup> E' doveroso ricordare che il diritto contrattuale comunitario è costituito da regole, prassi, sentenze, inserite nell'ambito delle fonti del diritto comunitario anche se provenienti da modelli diversi, e dunque trasposte nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Le fonti cui si è fatto riferimento, tuttavia, non sono rivolte a tratteggiare una disciplina compiuta ed organica dei fenomeni contrattuali, ma constano in interventi episodici, contenenti le linee guida atte ad indirizzare una politica di protezione del consumatore il cui sviluppo è affidato all'elaborazione del legislatore di ciascuno Stato membro. Secondo parte della dottrina, il sistema comunitario ha la presunzione di aver individuato il Sistema Mercato, che è quello concorrenziale, e si muove nella ambiziosa direzione di voler correggere i fallimenti di questo. Da ciò deriva la sua incapacità di spiegare la necessità di intervenire continuamente a livello di rapporti tra imprese e tra quest'ultime e contraenti finali per evitare le derive verso ipotesi non concorrenziali. Problema che invece non si è mai posto al legislatore interno dal momento che egli, con grande onestà culturale, si è sempre dimostrato consapevole che i confini dettati al mercato derivano dalla presa di coscienza della direzione e dei limiti che ad esso si vogliono imporre e che sono resi necessari dall'evidente e naturale tendenza del mercato di travalicare gli ambiti propri. In questo senso, F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 35.

<sup>105</sup> I due principi-cardine della disciplina dei contratti dei consumatori - il principio di <efficace protezione> contro i rischi che possono nuocere agli interessi dei consumatori e il principio di <informazione> dei consumatori - sono presenti già nella risoluzione sui diritti dei consumatori del 1975.

<sup>106</sup> Si deve precisare che il diritto dei consumatori non costituisce l'ambito totalizzante del diritto contrattuale comunitario, pur costituendone la punta di emersione. Non si possono dimenticare, infatti, gli interventi in materia di assicurazioni, di intermediazione finanziaria, di pagamenti nelle transazioni commerciali e così via, che non riguardano specificamente i consumatori, ma le altre controparti dei professionisti, che possono essere concorrenti, oppure esercenti attività collaterali, oppure semplici clienti, non qualificati come consumatori.

iniziale, dall'altro, agli operatori economici un trattamento sufficientemente omogeneo in ogni Paese comunitario.

Il percorso, purtroppo accidentato, di avvicinamento degli ordinamenti giuridici dei vari stati dell'Unione Europea, viene tracciato non solo dal legislatore comunitario, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea di giustizia, la quale ha adottato l'indirizzo interpretativo secondo il quale le direttive che sono state formulate in modo dettagliato e istituiscono diritti in capo ai singoli (quindi, anche, ai consumatori) sono immediatamente applicabili dal giudice nazionale e prevalgono sulle norme interne in contrasto con esse. L'applicabilità diretta, come noto, funziona solo verticalmente, nei rapporti tra singolo e Stato, e non orizzontalmente, nei rapporti tra i privati. Tuttavia, in caso di lesione di diritti soggettivi garantiti dalle direttive inattuata, al singolo cittadino è riconosciuto il diritto di azione in giudizio nei confronti dello Stato inadempiente al fine di ottenere il risarcimento del danno <sup>107</sup>.

Orbene, è evidente che le regole di azione, di controllo e di vigilanza introdotte dal diritto comunitario, si traducono in altrettanti limiti posti all'autonomia privata ed alla libertà d'impresa per assicurare la migliore concorrenza degli operatori.

Assodato, infatti, che il mercato è un luogo artificiale che viene determinato da scelte politiche che divengono regole giuridiche, si deve

---

<sup>107</sup> Corte di giustizia CE, 16 dicembre 1976, C-33/76.

verificare se vi siano dei limiti che riguardano le scelte politiche e di riflesso che si impongono anche all'ordine giuridico del mercato. Al riguardo si è affermato che si possono distinguere due grandi categorie di limiti alla libertà d'impresa: i limiti *interni*, imposti dal funzionamento del mercato stesso, e i limiti *esterni*, riguardanti valori che vanno temperati con la libertà economica e talora, concernendo la persona, tendenzialmente prevalgono su di essa.

Facendo un passo indietro, primo limite del mercato deve rinvenirsi nella compatibilità delle scelte politiche che valgono a conformarlo con il sistema costituzionale. Secondo un orientamento dottrinario, la principale decisione di sistema posta dal disegno costituzionale in tema di mercato è costituita dall'art. 41 Cost., ove si afferma che l'iniziativa economica *<non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana>*

<sup>108</sup>. Tale lettura, che ha teso a sottolineare la dimensione sociale dell'art. 41 Cost., non cancellando la dimensione individuale della libertà economica, ma ponendo ad essa dei limiti al fine del rispetto, del

---

<sup>108</sup> Deve darsi conto che, parallelamente a tale lettura tesa a sottolineare la dimensione sociale dell'art. 41 Cost., ve ne è stata una diversa che facendo perno sulla disposizione del successivo comma: *<La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali>*, ha sottolineato la tendenza dirigistica di tale disposizione. Si è affermato che essa enuncerebbe una visione dell'economia che si pone nell'ottica del dirigismo organico, e, affidando alla legge il disegno globale dell'economia e la determinazione dei fini sociali, imporrebbe una visione imperativa e totalitaria, al sistema economico. In antitesi a tale decisione di sistema si porrebbe la presa di posizione del Trattato dell'Unione europea, che, con la modifica apportata nel 1992 al Trattato di Roma, ha informato la Comunità al principio del libero scambio e ad un'economia aperta. In tal senso, Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 20 ss. Sul punto, si veda anche Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 3.

perseguimento e della realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo, trova conforto nella considerazione dei principi espressi agli artt. 1, 2, 3, e 4 Cost, veri limiti all'attività economica privata e pubblica.

La presenza di limiti all'attività economica nemmeno è estranea al diritto comunitario. Se si leggono le disposizioni del Trattato si comprende subito che la libertà economica è temperata dalle disposizioni riguardanti i lavoratori, i consumatori, l'ambiente. E nella medesima direzione sembra andare la Corte di giustizia quando, dopo aver affermato, in relazione al noto caso *Omega*, che *<l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto>*, giunge a concludere che, *<poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone (...) sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela dei diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivante da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale libera prestazione di servizi>*

109

---

<sup>109</sup> Corte di giustizia, 4 ottobre 2004, C-36/02, in *Corriere giur.*, 2005, 486 ss., con nota di Conti, *La dignità umana di fronte alla Corte di giustizia*. La svolta personalistica nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nella direzione di elevare il livello di protezione dei consumatori, ai sensi dell'art. 38 della Carta di Nizza, e di assicurare il rispetto di principi fondamentali, estendendo la protezione a chiunque, anche oltre l'ambito dei contratti del consumatore, ogni qualvolta vengano lesi interessi meritevoli di tutela, è emersa in molteplici decisioni. Si ricorda, infatti, che la Corte di giustizia, dichiarando incompatibile con la direttiva 1999/44/CE, in tema di vendita di beni di consumo, la legislazione nazionale tedesca che subordina la sostituzione del bene difettoso al pagamento di una indennità da parte del consumatore, pur rimanendo nell'ottica della tutela del consumatore, lo garantisce ad più elevato livello di protezione, superando la logica esclusiva di evitare distorsioni alla concorrenza (Corte di giustizia, 17 aprile 2008, C-404/06). Inoltre, nel quadro dei rapporti commerciali, ha ammesso, la tutela di interessi del tutto privi di qualsivoglia connotazione in chiave economica: con riferimento alla conformità, alla disciplina



Pertanto, appare evidente che la promozione di un ambiente concorrenziale, nell'ambito della politica economica europea, *<non esclude affatto interventi pubblici finalizzati ad obiettivi di interesse generale, anzi spesso essi sono indispensabili a tutela dei consumatori, degli operatori, dei lavoratori, in sostanza della società intera>*<sup>110</sup>.

### **3. Il rapporto tra regole del mercato e regole nel mercato.**

Ulteriore nodo problematico, su cui era stato preannunciato ci si sarebbe soffermati, è quello relativo al reciproco rapporto tra *<regole del mercato>* e *<regole nel mercato>*. Il modello scaturente dalla ricostruzione di cui si è dato conto, pone infatti il problema del reciproco rapporto esistente tra le due strutture normative.

---

comunitaria relativa alla libera circolazione di merci, della disposizione normativa tedesca che vieta la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori da parte di un'autorità amministrativa regionale o statale, nonché sprovvisti dell'indicazione dell'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, la Corte, richiamati una serie di atti internazionali relativi cui gli Stati membri avevano aderito e relativi alla tutela dei minori, su di essi ha fondato la sua decisione, ritenendo preminente la tutela dei diritti umani *<per l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario>* (Corte di giustizia, 14 febbraio 2008, C-244/06). Più recentemente, la Corte ha affermato l'illegittimità di disposizione di legge tedesca che, al fine del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento, non considera il lavoro prestato prima del compimento dei venticinque anni, richiamando il principio di non discriminazione in base all'età di cui alla direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro (Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C – 555/07). Il superamento della prospettiva di segno meramente economico della giurisprudenza della Corte di giustizia è stato rilevato da Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. Dir.Civ.*, 2009, I, 287, pp. 296 ss.

<sup>110</sup> Monti M., *Concorrenza e regolazione nell'Unione europea*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, p. 74, il quale prosegue asserendo che tali interventi, tuttavia, *<devono essere proporzionali alla realizzazione del pubblico interesse che intendono perseguire e non devono mai essere motivati dalla volontà (il più delle volte mascherata) di proteggere interessi particolari, finendo per danneggiare proprio quell'interesse generale che si pretende voler perseguire>*.

E' doveroso chiarire al riguardo se i due piani di cui alle regole del mercato e alle regole nel mercato possano mai intersecarsi: dato che il legislatore individua i confini entro i quali gli operatori del mercato possono perseguire i propri interessi, sorge spontaneo l'interrogativo se la eventuale violazione delle regole del mercato, nei limiti in cui non vada ad incidere sulle regole del mercato, possa comportare il sorgere in capo al singolo consociato di un diritto soggettivo <sup>111</sup>.

Al riguardo, è stato efficacemente affermato che l'individuata ripartizione, per poter funzionare correttamente, necessita di delimitazioni rigide, nel senso che le due strutture normative non possano essere in alcun modo comunicanti <sup>112</sup>.

Da tale assunto consegue che la violazione delle regole <del> mercato, regole di equità, giustifica il ricorso all'ente sovraordinato affinché questi intervenga per la riconduzione all'operato di cui che ha violato la norma nei confini imposti, ma non può incidere sulle situazioni giuridiche dei singoli - le quali si svolgono e trovano la loro disciplina in un altro ambito normativo, costituito dalle regole <nel> mercato - né può comportare il sorgere in capo al singolo consociato di un diritto soggettivo, da ricondursi ad un diritto di tipo risarcitorio <sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., pp. 46 ss.

<sup>112</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 46.

<sup>113</sup> F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 34.

Al fine di chiarire tali affermazioni, è necessario osservare che la doppia struttura di norme cui si è fatto riferimento si rinvia - e, di conseguenza, emerge con nitidezza il tema del rapporto tra il <cerchio esterno> ed il <cerchio interno> - in una delle fattispecie su cui più si è concentrata l'attenzione degli studiosi negli ultimi anni: il perfezionamento da parte di un soggetto non professionale di un contratto c.d. <a valle> di una intesa vietata.

### ***3.2 I contratti <a valle> di una intesa anticoncorrenziale***

Il nodo da sciogliere è relativo agli effetti di una intesa, intervenuta in violazione di quanto prescritto dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287, sulla disciplina stessa di tale legge e sui contratti conclusi dai contraenti finali. Come noto, l'art. 2 della L. n. 287/1990 vieta gli accordi, e le pratiche concordate, tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato nazionale, sancendone la nullità ad ogni effetto. La medesima disposizione normativa tace, invece, con riferimento alla sorte dei contratti conclusi con il contraente finale, attraverso i quali viene data attuazione all'intesa anticoncorrenziale.

Emerge, dunque, da un lato la necessità di chiarire se i contratti <a valle> di una intesa vietata siano <espressione di autonomia, nel senso

*pieno che presuppone un libero mercato concorrenziale*><sup>114</sup> e se la nullità delle intese possa in qualche modo estendersi anche ad essi<sup>115</sup>.

Ai fini dello svolgimento della presente indagine, sembra opportuno prendere le mosse dalla eventuale legittimazione attiva ad agire ai sensi dell'art. 33, co. 2, L. 287/1990. Secondo parte della dottrina, infatti, il riconoscimento, in capo al consumatore, della legittimazione attiva di agire ai sensi della norma in commento, non presuppone in alcun modo che una intesa illegittima abbia leso - o che fosse idonea a ledere - un diritto soggettivo del contraente finale, con riferimento al singolo, specifico, contratto perfezionato con una impresa facente parte ad una intesa vietata<sup>116</sup>; parimente, la negazione della suddetta legittimazione ad agire al contraente finale, non esclude, in principio, il ricorrere di una lesione di un diritto soggettivo di cui quest'ultimo è titolare<sup>117</sup>.

Al riguardo, è opportuno ricordare che, a mente dell'art. 33, co. 2 L. 287/1990, le azioni relative alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli da I a IV della Legge Antitrust possono riferirsi a tre diverse fattispecie: nullità, risarcimento del danno o provvedimenti di urgenza. Preliminare ed imprescindibile è l'individuazione dei termini nei quali si atteggia il diritto attribuito dall'ordinamento alla parte contrattuale: si

---

<sup>114</sup> Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 6.

<sup>115</sup> Si vedano sul punto, Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 258 ss.; Camilleri E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 110 ss.

<sup>116</sup> In questo senso F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., pp. 48 e ss.

<sup>117</sup> In questo senso, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, II, pp. 279 ss. Si veda, al riguardo, anche F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 48.

deve, dunque, verificare se il contraente abbia diritto a condizioni contrattuali eque oppure ad un rapporto contrattuale equo.

Orbene, il sistema delineato dal codice civile, riconosce in capo al singolo contraente il diritto ad un equo rapporto, e non ad eque condizioni contrattuali; analogamente il legislatore comunitario non ha innovato sul punto, continuando a ritenere necessario che i rapporti che si svolgono all'interno del mercato debbano essere improntati alla giustizia e non all'equità. In considerazione di ciò, secondo un orientamento dottrinario, tutte le ipotesi ricostruttive che paventano ripercussioni dell'avvenuto accertamento dell'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza sui contratti a valle di questo rappresentano una aporia nel sistema <sup>118</sup>.

E' stato da più parti rilevato come tra l'intesa ed il contratto <a valle> <sup>119</sup> non esista alcun tipo di collegamento funzionale; ciò comporta che, ove si voglia asserire la nullità di quest'ultimo, non possa richiamarsi la figura della nullità derivata <sup>120</sup>. Parimenti, sembra da escludere un possibile richiamo all'ipotesi della causa illecita: l'obiettivo delle

---

<sup>118</sup> Una attenta disamina delle varie ipotesi ricostruttiva è stata effettuata da G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, pp. 77 e ss.

<sup>119</sup> Sulla nullità del contratto a valle L.C. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, pp. 98 e ss.; Id., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. della banca e del mercato fin.*, 1997, pp. 415 e ss., G. Rossi, *Effetti della violazione delle norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 220 e ss.; G. Selvaggi, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. Italiana*, 1992, IV, 143 e ss.

<sup>120</sup> In questo senso, F. Parrella, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Diritto della banca e del mercato fin.*, 1996, pp. 540 ss.

imprese che pongono in essere una intesa vietata, cioè di imporre condizioni maggiormente gravose di quelle che si avrebbero in un mercato perfettamente concorrenziale, è un semplice movente interno delle parti e non è configurabile quale intento ad esse comune in ordine al significato economico in concreto rappresentato dal singolo negozio posto in essere <sup>121</sup>.

Una ulteriore ipotesi ricostruttiva ha riconosciuto, in capo al contraente a valle dell'intesa, un diritto al risarcimento del danno <sup>122</sup> determinato dal maggior costo affrontato. Con riferimento a tale affermazione è stato correttamente rilevato come il comportamento tenuto dall'impresa, tendente alla massimizzazione del profitto, indipendentemente dalla partecipazione o meno ad una intesa, è comportamento tipico di qualsivoglia imprenditore che operi nel mercato, ove allora il pregiudizio subito dal contraente non può in alcun modo considerarsi anomalo rispetto alla lecita contrattazione di mercato <sup>123</sup>. Sotto un diverso ed ulteriore profilo, si è osservato che il rimedio appare assolutamente contraddittorio rispetto alla premessa applicativa: se è possibile individuare un prezzo <giusto> di mercato (presupposto necessario all'individuazione del danno risarcibile), ciò significa che

---

<sup>121</sup> Al riguardo, G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., pp. 83 e 84.

<sup>122</sup> Con riguardo al diritto del consumatore al risarcimento del danno in seguito alla violazione di regole antitrust, si vedano Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., pp. 236 ss.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per le violazioni della normativa antitrust*, Milano, 1996.

<sup>123</sup> G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., pp. 104 ss.

esiste un mercato, inteso quale luogo fisico di scambio, ove poter ottenere il bene o il servizio ad un prezzo o a condizioni differenti da quelli offerti dall'impresa di cui all'intesa, ed allora l'acquisto alle condizioni di cui all'offerta dell'impresa partecipante ad una intesa è conseguenza della libera scelta del consumatore, che nulla potrà dunque chiedere a titolo di risarcimento <sup>124</sup>. Se, al contrario, non è possibile individuare altre condizioni di scambio oltre a quelle applicate dall'impresa appartenente all'intesa, le condizioni contrattuali <giuste>, nel senso <di mercato>, e le condizioni contrattuali dello scambio subite dal contraente <a valle> di una intesa vietata coincidono, e pertanto il giudice nulla potrà riconoscere a titolo di risarcimento <sup>125</sup>.

Per quanto concerne l'ipotesi ricostruttiva secondo cui il giudice sarebbe legittimato a modificare le condizioni di cui al contratto rendendo queste <equie> <sup>126</sup>, da un lato, valgono le medesime obiezioni sollevate con riferimento all'ipotesi risarcitoria, dall'altro lato, è stato osservato che una coerente applicazione del principio porterebbe a condizioni paradossali. Se si ipotizza, infatti, la sussistenza di un prezzo equo e che

---

<sup>124</sup> In questo senso F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 51. Come è noto, tuttavia, l'orientamento maggioritario è nel senso decisamente opposto a tali considerazioni. Si veda al riguardo, quanto statuito dalla Corte di Giustizia CE, sentenza 13 luglio 2006, causa riunite da C-295/04 a 298/04, in *I contratti*, 10, 2006, p. 939, la quale afferma, in riferimento all'art. 81 CE, che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. Sul punto, si vedano anche Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, p. 1121 ss.; Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1067 ss;

<sup>125</sup> In questo senso F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 52.

<sup>126</sup> G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., pp. 110 ss.

dunque si possa chiedere al giudice un riallineamento delle condizioni di contratto applicate con quelle eque, al medesimo strumento riequilibrativo ben potrebbero ricorrere anche le imprese che si sarebbero accordate al fine di offrire sul mercato condizioni sensibilmente migliori, anche se antieconomiche nel breve periodo, al solo scopo di espellere dal mercato la nuova impresa: raggiunto lo scopo, potrebbero chiedere al giudice l'applicazione del prezzo equo <sup>127</sup>.

La soluzione dell'assoluta impermeabilità del contenuto del contratto al disciplina antitrust appare, invece, coerente, con il sistema. I mezzi di tutela offerti dal sistema codicistico, in ambito contrattuale, sono indirizzati alla tutela della libera, piena, consapevole, determinazione negoziale, in altri termini sono finalizzati alla sussistenza di un rapporto equo. Il sistema di controllo disciplinato dal legislatore, allora, verte sulla procedura attraverso la quale si forma la volontà della parte, mentre la tutela <a valle> di un contratto posto in essere da una impresa partecipante ad una intesa presupporrebbe, secondo parte della dottrina, un sistema che non è proprio del nostro ordinamento: un sistema impostato sui rimedi contro uno scambio che, sebbene libero e consapevole, fuoriesca dagli usuali parametri mercantili. L'estraneità al sistema codicistico di un controllo sulle condizioni contrattuali effettivamente statuite dalle parti è confermato dalla circostanza che a

---

<sup>127</sup> Paventa tale ipotesi, F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato, regole nel mercato*, cit., p. 52.



fronte di una volontà negoziale viziata, il rimedio previsto è sempre la caducazione degli effetti e mai la imposizione di effetti differenti.

In accordo agli esposti assunti, deve ritenersi che il contraente a valle di una impresa partecipante ad una intesa, si determina sempre liberamente a contrarre <sup>128</sup>, con la conseguenza che la circostanza che le condizioni di cui all'accordo siano meno o più favorevoli di quelle che avrebbe ottenuto in assenza dell'intesa in discorso, è una circostanza irrilevante per il sistema. Per modificare tale impostazione vi sarebbe la necessità di una modifica del sistema stesso <sup>129</sup>, una modifica normativa che al momento non vi è stata. La disciplina del contratto è, dunque, improntata tanto al concetto di equità quanto a quello della giustizia: equo dovrà essere il rapporto contrattuale, giuste le condizioni.

Ove si condivida tale ipotesi ricostruttiva, la legittimazione della parte contrattuale ad agire ai sensi del dell'art. 33, co. 2, L. n. 287/1990, per vedere dichiarata la nullità del contratto non può essere posta in dubbio. In tal senso, un indice può essere rinvenuto nella previsione di cui al D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, ove è esplicitato, all'art. 2, comma 2, lett. e), che viene riconosciuto al consumatore quale fondamentale diritto,

---

<sup>128</sup> *Contra* Alessi R., *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 2343, ove si afferma che la libertà di impresa sia funzionale allo svolgimento della concorrenza, e così la disciplina degli atti che ne costituiscono esercizio deve essere coerente alla conservazione del mercato al quale fanno riferimento, da cui non pare accettabile la tolleranza di accordi che ledano la dimensione concorrenziale.

<sup>129</sup> Si muovono nel senso ora escluso i Principi Unidroit e Lando di disciplina del contratto. Si veda al riguardo, M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele, prospettive europee*, cit., pp. 306 ss.

quello alla *<correttezza, alla trasparenza ed all'equità>* nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, ove il diritto in discorso ha quale tutela, appunto, quella derivante dalla legittimazione ad agire al fine di eliminare quelle situazioni potenzialmente idonee ad escludere il ricorrere delle evidenziate caratteristiche, situazioni tra le quali è possibile annoverare l'intesa, che falsa a monte, tanto sotto il profilo della trasparenza quanto sotto quello dell'equità, qualsivoglia rapporto contrattuale tra partecipante all'intesa e l'altro contraente.

Non può tacersi che ben potrebbe apparire contraddittorio il riconoscimento in capo al contraente *<a valle>* del diritto ad agire ai sensi della disposizione di legge ora in commento, senza ravvisare alcun riflesso sul singolo contratto a seguito dell'intesa vietata e, dunque, negando che il medesimo consumatore possa agire per tutelare un suo specifico diritto. Tuttavia, deve ricordarsi che la legittimazione, in capo ad un soggetto, di agire per la regolarità di un rapporto anziché per la tutela diretta di un suo diritto soggettivo, è circostanza tutt'altro che estranea al sistema <sup>130</sup>.

L'interesse ad un mercato concorrenziale per il contraente finale della catena di produzione e circolazione dei beni e dei servizi assume le vesti

---

<sup>130</sup> A titolo di esempio, si pensi all'azione surrogatoria, ove il creditore agisce a tutela di un interesse, potrebbe dirsi *<diffuso>*, a che il debitore persegua la cura del suo patrimonio, azione che solo in via di riflesso incide sull'interesse, appunto, del creditore a vedere soddisfatto il suo credito. Non è priva di rilievo, infatti, la circostanza che tra le condizioni per l'esercizio dell'azione è previsto anche il mero interesse del creditore alla *<conservazione delle sue ragioni>*, al di là dunque dell'effettivo soddisfacimento delle stesse.

di una specie di *<interesse legittimo>*, si è affermato <sup>131</sup>. Al contraente finale, infatti, non viene garantito un contratto con condizioni eque, ma l'equità del rapporto con le imprese, nel senso che queste ultime devono esercitare la loro attività imprenditoriale in maniera conforme al profilo e ad i contorni che il legislatore ha inteso attribuire al mercato. In altri termini al consumatore, contraente finale, deve essere data la possibilità di trattare con le imprese in modo equo, nel senso di suscettibile di indirizzo da parte del primo, contraente finale medesimo, ovviamente nei, naturali limiti derivanti dalla sua forza contrattuale.

Rispetto alla fattispecie *<intesa>*, allora, il mercato concorrenziale si atteggia in maniera conforme a quanto ipotizzato: - assoluta impermeabilità delle regole dettate per la disciplina dei rapporti nel mercato alle violazioni delle regole dettate per il funzionamento del mercato (e viceversa); - strutturazione delle regole del mercato secondo equità (nel ridetto significato di equo contemperamento degli interessi secondo la visione metagiuridica del legislatore) e delle regole di funzionamento nel mercato secondo giustizia (nell'evidenziato significato di conformità alle regole di funzionamento del sistema).

---

<sup>131</sup> *Contra* Scoditti E., *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 1130; Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 254 – 246.

#### **4. Le regole <nel mercato>, diritto di negozi, di soggetti e di beni**

Come accennato, dunque, il funzionamento del mercato postula norme volte a garantire il corretto svolgimento della concorrenza, oltre ad istituti giuridici che individuano, in primo luogo, diritti che possono formare oggetto di scambio e i soggetti che in quanto titolari dei diritti sono legittimati a disporne. E' d'obbligo, dunque, rilevare che il diritto del mercato non è soltanto diritto di negozi, ma pure di soggetti e di beni<sup>132</sup>.

Una riflessione, a questo punto, merita di essere fatta con riferimento a quei beni il cui consumo subisce limiti sociali oltre che fisici o naturali, limiti cioè che emergono ove la possibilità di estenderne l'uso non può avvenire senza che si verifichi un deterioramento di qualità. Tale problematica è stata presa in esame dagli studiosi di sociologia con riferimento agli effetti prodotti da alcuni tipi di relazioni sociali improntati all'individualismo nell'utilizzo, ad esempio, di risorse come lo spazio o il tempo. Traslando la questione sul piano giuridico, tuttavia, non ci si può arrestare al riferimento alla difesa del consumatore, né alla tutela *antitrust*. Nel caso di specie, infatti, il problema non verte sul garantire l'equilibrio del rapporto tra l'utente del mercato e l'imprenditore, ovvero nell'assicurare, a tutela di una migliore fruizione

---

<sup>132</sup> Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 41 ss., ove si afferma che il mercato coincide con uno statuto normativo e per questo contiene la previsione di una indefinita regolarità di atti. Né la disciplina normativa né la teoria giuridica del mercato si esauriscono nella considerazione del contratto, o dei molteplici tipi di contratto.

del prodotto, la presenza nel mercato di una pluralità di imprenditori. Esso concerne, piuttosto, il garantire, all'interno di un rapporto tra determinati soggetti e riferito a determinati beni, *<la persistenza di altri beni (dello stesso tipo o qualitativamente diversi) in capo a soggetti estranei al rapporto considerato>*<sup>133</sup>.

## **5. Venditori e consumatori**

Dunque, le qualità e il numero dei beni, così come dei soggetti che offrono e domandano questi ultimi, sono decisivi nella costruzione giuridica del mercato.

Ad essi corrispondono la disciplina della concorrenza e la tutela dei consumatori. Gli scambi del mercato presuppongono, da una parte, la qualità e pluralità dei venditori; dall'altra, la massa indistinta dei compratori. Venditori sono i molteplici imprenditori in libera competizione e, di fronte all'imprenditore, si situa la figura negativa di colui che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, o meglio la massa delle figure negative raccolte nel nome di consumatore.

Il singolo viene considerato in relazione con altri che svolgono la stessa attività, non è più parte di un negozio, ma soggetto del mercato. Come la molteplicità dei venditori si colloca in relazione di concorrenza con altri

---

<sup>133</sup> Lipari N., *Persona e mercato*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 50.

venditori, così il compratore si trova in relazione di comunanza con altri compratori. I primi si contendono e disputano quote di mercato, i secondi hanno posizioni identiche nella indefinita pluralità dei negozi.

Proprio sulla contrapposizione di tali due classi di soggetti, diseguali per la rispettiva capacità di incidere sulla predisposizione del regolamento contrattuale e sulla successiva esecuzione del rapporto, si impernia la categoria del contratto del consumatore. Egli viene definito all'art. 3 cod. cons. come la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario, da un lato, e la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale dall'altro.

Con riferimento alla figura del professionista, un primo nodo problematico pare essere quello alla possibilità di estendere la nozione di professionista di cui alla menzionata disposizione normativa anche al gruppo di imprese: quest'ultimo, dal punto di vista formale, non costituisce una persona giuridica unitaria, essendo un aggregato di imprese che conservano la loro autonomia giuridica, e ciò osta alla sua qualificazione come professionista alla luce della definizione del legislatore che, come detto, identifica il professionista nella singola *<persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale>* e nel singolo intermediario. E' stato poi evidenziato che non necessariamente la figura del

professionista parte di tali contratti si identifica in un imprenditore, ben potendo essere conclusi da un soggetto che agisce nell'esercizio di una attività professionale, ma non imprenditoriale<sup>134</sup>. In tale direzione si muove anche il diritto contrattuale di fonte comunitaria, il quale tende ad attribuire rilevanza non già alla qualità dell'imprenditore, ma piuttosto a quella del professionista<sup>135</sup>.

E', infatti, con riferimento alla nozione di consumatore che si sono concentrati maggiori sforzi definitivi da parte della dottrina.

Se la designazione del consumatore come qualsiasi persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale, non concede margine ad interpretazioni estensive o analogiche con riguardo alla qualità di persona fisica; al riferimento alle finalità di carattere non imprenditoriale o professionale, nonostante venga inteso come richiamo agli scopi di godimento esclusivamente personale volti al soddisfacimento delle esigenze individuali e della propria vita familiare, non può essere attribuito un significato univoco.

La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la categoria dei consumatori non possa immaginarsi come un gruppo sostanzialmente omogeneo e definito dal punto di vista sociologico al pari del lavoratore

---

<sup>134</sup> Albanese A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2, 2009, p. 348, ove osserva che <La qualifica professionale di una parte del contratto manifesta, infatti, indipendentemente dall'esercizio di un'attività di impresa, un'esigenza di protezione della controparte non professionale>.

<sup>135</sup> Albanese A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 348.

subordinato ad esempio, e nel favorire una lettura oggettivistica orientata al sindacato in concreto dello scopo finale perseguito dal contraente finale. Da siffatta impostazione è derivata una concezione della normativa sul contratto del consumatore, a prescindere dalla formale qualificazione soggettiva dei contraenti, come disciplina dell'atto di consumo. Al riguardo, si è affermato che l'interesse concreto in vista del quale il contratto è concluso e la condizione di disparità di forza contrattuale nel singolo caso, sono elementi determinanti ai fini della definizione della nozione di consumatore, giungendo a considerare consumatore anche l'imprenditore individuale, o il professionista, mosso dall'esigenza di appagare un bisogno di consumo <sup>136</sup>.

Tuttavia, è bene precisare che la concezione oggettivistica cui si è fatto riferimento non consente di ricomprendere nella definizione di consumatore le persone giuridiche e gli enti senza scopo di lucro, dal momento che l'intenzione del legislatore è quella di circoscrivere la relativa tutela alle sole persone fisiche, *ratio* che ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che *<l'art. 1469-bis c.c., dopo aver stabilito il campo*

---

<sup>136</sup> La concezione oggettivistica fa perno sulla identificazione della finalità di consumo con la finalità di godimento individuale o familiare e permette di considerare tale qualsiasi scopo non strettamente collegato allo svolgimento della propria attività professionale. In tal senso, la Corte di giustizia, nella decisione 20 gennaio 2005 C -464/01, ha affermato *<un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste in materia di contratti conclusi da consumatori, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo rilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale>*.



*di applicazione della disciplina (concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori) ed aver offerto una definizione di carattere generale delle clausole vessatorie, attribuisce, in conformità al testo della direttiva (93/13/CEE), la qualità di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Tale scelta del legislatore di limitare la tutela non solo non appare irragionevole, ma si sottrae decisamente a tutte le censure mosse*<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Corte Cost., 20 novembre 2002, n. 469, in *Danno e Resp.*, 2003, 7, p. 701, con nota di Perfumi. Con tale decisio la Corte ha precisato che non è fondata, in riferimento agli art. 3, 25 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis*, co. 2, cod.civ., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in quanto non risulta censurabile la scelta del legislatore di attribuire - in conformità al testo della direttiva 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, alla normativa di numerosi paesi membri dell'Unione europea, nonché al progetto, in fase di elaborazione, di codice civile europeo - la qualità di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, escludendo con ciò dalla relativa speciale tutela tutti quei soggetti - quali professionisti, piccoli imprenditori e artigiani - che in forma individuale o anche collettiva agiscono per scopi comunque connessi all'attività economica, quantunque senza finalità di lucro: la predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuata in base a modelli uniformi nei diversi paesi dell'Unione europea, costituisce infatti di per se stessa una idonea ragione di politica legislativa a sostegno di questa scelta, tanto più in quanto non irragionevolmente diretta a tutelare soggetti che agendo, secondo l'*'id quod plerumque accidit'*, in modo occasionale, saltuario e non professionale, sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare su un piano di parità. Inoltre, il principio della precostituzione del giudice è rispettato qualora l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non già in vista di singole controversie; né può ritenersi sussistente la lesione di detto principio in riferimento all'impossibilità di applicare, al giudizio in cui sia convenuta una società di capitali, in conseguenza del difetto della qualità di consumatore, la regola sul foro previsto dall'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, c.c., mentre priva di consistenza, per mancanza di chiara e adeguata motivazione, è la censura secondo cui la lamentata disparità di trattamento tra privato consumatore e piccolo imprenditore possa determinare una limitazione della concorrenza e un ostacolo al libero mercato. Tale orientamento, contrario all'ampliamento della nozione di consumatore al di là delle persone fisiche, già espresso dalla medesima Corte Cost. nella sentenza 30 giugno 1999 n. 282, ha trovato successivamente conferma in numerose decisioni di merito. Al riguardo si vedano Giudice di pace Milano, sez. VII, 13 gennaio 2011, In.Of. s.r.l. *contra* Tu. s.r.l.; Trib. Pescara, 1 luglio 2004, Confesercenti R.A. *contra* Seat c.p.a.; Trib. Firenze, 4 aprile 2001, Soc. Il Bambù *contra* Soc. I.M.P., in *Gius.*, 2001, p. 2137, ove si afferma che La normativa in materia consumieristica è posta esclusivamente a tutela del consumatore persona fisica, quale parte debole che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale; le persone giuridiche non godono, pertanto, della stessa tutela accordata al consumatore. E' bene rilevare, tuttavia, che Trib. Torino, sez. IX, 20 agosto /2008, in materia di pubblicità ingannevole ha affermato che quest'ultima consiste in qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o *giuridiche* alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del

La ricostruzione di cui si è dato conto, come accennato, si fonda sulla valutazione dello scopo negoziale concreto dell'atto negoziale e sulla disparità di potere contrattuale tra le parti; proprio la considerazione di tali elementi potrebbe suggerire di circoscrivere ulteriormente l'applicabilità della disciplina del consumatore e di escluderne la ricorrenza nell'ipotesi dell'acquirente esperto, per assenza del divario di competenze e dello squilibrio nella detenzione delle informazioni che connota, nella valutazione del legislatore, la relazione tra il professionista ed il consumatore. La dottrina, sul punto, ritiene che l'ipotesi prospettata appaia troppo rigorosa e non in accordo con la *ratio* della disciplina delle clausole abusive di cui all'art. 33 cod. cons., che consiste invece nella predisposizione di regole di riequilibrio del contratto che fanno riferimento ad una presunzione astratta di disparità di potere contrattuale che si ricava dal fatto oggettivo del compimento di un atto di consumo e prescinde, dunque, dalle qualità soggettive dell'autore.

---

suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente.

## **6. Contratto tra consumatore e professionista e contratto con asimmetria di potere contrattuale**

Il complesso di regole poste a tutela del soggetto non professionale, in deroga alla disciplina generale del contratto, ed ispirato, come detto, all'esigenza di porre rimedio alla fisiologica disparità di potere economico e contrattuale tra le parti, secondo un modello che prima d'ora era stato incarnato dal solo contratto di lavoro subordinato, nonché la considerazione che questo particolare stato di fisiologia sociale non fosse esclusivo dei soli contratti tra consumatore e professionista, ma fosse comune ad altre fattispecie contrattuali (ad es., il contratto di subfornitura, la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ed il contratto di affiliazione commerciale), ha indotto parte degli studiosi ad ipotizzare un nuovo paradigma generale di contratto, definito, da alcuni, come *<contratto con asimmetria di potere contrattuale>*.

Caratteristica precipua di tale nuovo modello viene rintracciata nell'attribuzione al giudice di un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo che travalica le ipotesi codicistiche in cui si ravvisa un medesimo stato di patologia sociale al momento della conclusione del negozio, cui si affiancano una serie di altri istituti parimenti estranei alla disciplina tradizionale del contratto, quali il recesso di pentimento,

la previsione di nullità c.d. di protezione, la previsione di vincoli di forma e di contenuto, solo per ricordarne alcuni.

Tale tendenza sembra in perfetto accordo con quella che intende ampliare la nozione di consumatore: ambedue muovono verso l'innalzamento del contratto del consumatore nella dimensione di un rinnovato diritto comune estendendo la disciplina posta a protezione del consumatore a soggetti vulnerabili dinanzi ai rischi della contrattazione standardizzata e dell'assenza di un'adeguata informazione, pur non essendo istituzionalmente deboli.

Tuttavia, è stato correttamente rilevato che, proprio la presunzione astratta che il compimento di un atto di consumo implichi una disparità di forza contrattuale tale da giustificare interventi normativi di stampo correttivo, lo rende strutturalmente inadatto ad assurgere a canone di una nuova disciplina generale del contratto, dal momento che il diritto comune per sua natura deve risultare applicabile a qualsiasi contraente ed in ogni contesto, mentre le norme a tutela del consumatore presuppongono una situazione di fatto precisa e specifica costituita dal rapporto negoziale unilateralmente predisposto tra soggetti individuati sulla base del diverso potere di incidere sul contratto, non soltanto in sede di conclusione ma anche in sede di esecuzione dello stesso. A tale conclusione non potrebbe opporsi che la delineata negazione della concezione soggettivistica della figura del consumatore come

appartenente ad una classe sociale lascia emergere la vocazione di diritto generale della relativa disciplina il legislatore, deducendo dalla posizione di consumatore la condizione di debolezza contrattuale ha prescelto una tecnica normativa che ha rinunciato ad ogni carattere di generalità scegliendo come fattore di agglutinamento non direttamente la situazione di squilibrio dei diritti e dei doveri ma una particolare tipologia di atti negoziali, per l'appunto gli atti di consumo, e in tal modo ha connotato in maniera troppo specifica sul piano soggettivo le vicende del traffico che procede a disciplinare.

Il tema, tuttavia, ha sollecitato numerose riflessioni in dottrina ed in giurisprudenza e consente, a questo punto, di effettuare una breve digressione con riferimento alla crisi del paradigma contrattuale ed ai suoi risvolti nel momento attuale.

## **7. Crisi del paradigma contrattuale e terzo contratto**

Nel quadro dei mutamenti che sembrano incidere nella costruzione di un nuovo diritto dei contratti appare, dunque, utile soffermare l'attenzione su un profilo che, anche per la progressiva, seppur recente, affermazione nella riflessione degli studiosi e nell'impiego che ne ha operato la giurisprudenza, pare aver oramai conquistato un posto nella teoria del contratto.

L'orizzonte entro il quale si è dispiegata ed ha trovato fertile terreno la riflessione della dottrina civilistica intorno al suddetto contratto con asimmetria di potere contrattuale, è quello tratteggiato dalla più volte denunciata crisi della categoria del contratto, quale figura e disciplina generale <sup>138</sup>.

Sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, si è, infatti, rilevato che il prendere corpo di nuovi contratti, affidati all'analitica disciplina delle parti e sempre più lontani dalla disciplina generale, nonché i vari interventi normativi attuati mediante leggi organiche di settore a contratti sino ad allora oggetto di interventi episodici; avevano dato luogo ad una <tendenza centrifuga> tale da determinare, sul piano sistematico, la perdita di rilievo della distinzione tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti <sup>139</sup>.

Nei decenni successivi, tale tendenza si è maggiormente acuita a cagione dei sempre più numerosi interventi legislativi, per la gran parte di matrice e derivazione comunitaria, che hanno sancito la nascita ed il progressivo ampliamento del diritto dei consumatori <sup>140</sup>. Tale copiosa

---

<sup>138</sup> Al riguardo, si veda FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Milano, 2010, 19 ss.

<sup>139</sup> DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, 333 ss. Trae dalla considerazione di alcuni sistemi normativi retti da una logica propria, non riducibile a quella del diritto comune, la formulazione della categoria dei diritti secondi CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158 ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 397 ss.

<sup>140</sup> In tal senso, ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2001, IX.

legislazione <sup>141</sup>, che è sembrata presentarsi *<come espressione di particolarismo giuridico, di fronte al carattere generale del titolo 2° del libro 4°, per la disciplina del contratto-atto e del contratto-rapporto>* <sup>142</sup>, ha innegabilmente contribuito allo sgretolarsi dell'unitarietà del paradigma contrattuale. Proprio dal codice del consumo <sup>143</sup>, infatti, emerge il contratto del consumatore come *<uno schema normativo generale della conclusione e dell'esecuzione dei contratti, che negoziano prodotti di consumo tra operatori economici professionali e privati-consumatori>* <sup>144</sup>, schema normativo profondamente differente da quello del codice civile <sup>145</sup>.

Tuttavia, se tali circostanze, come accennato, hanno indotto taluni a ritenere l'esistenza di un nuovo paradigma contrattuale, da più parti si è prudentemente levata l'ammonizione che tale paradigma, *<che s'intravede dietro la crisi del vecchio, è tutt'altro che compiutamente*

---

<sup>141</sup> Si ricordano, oltre all'introduzione nel 1996 della disciplina delle clausole vessatorie ed abusive di cui agli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* c.c., nell'apposito capo XIV-*bis* alla fine del titolo II del libro IV del c.c., la L. 50/1992 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la L. 111/1995 sulla vendita di pacchetti di viaggi, vacanze, circuiti tutto compreso, la L. 185/1999 sui contratti a distanza, il D. Lgs. 70/2003 sul commercio elettronico, la disciplina della garanzia dei beni di consumo inserita agli artt. 1519-*bis* ss. del c.c., il D. Lgs. 427/1998, sulla multiproprietà.

<sup>142</sup> BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, 140.

<sup>143</sup> D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in cui sono confluite le norme di protezione del consumatore.

<sup>144</sup> BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit.

<sup>145</sup> Es., si ricordano il potere di revoca o recesso del consumatore, la sorte delle clausole abusive predisposte del professionista, l'importanza degli obblighi precontrattuali di informazione, le nullità speciali di protezione, differenti dalle classiche invalidità del codice civile, i rimedi per la prestazione viziata, differenti dalle tradizionali garanzie, le particolari forme di tutela processuale dei diritti del consumatore.

*definito: esso riflette una realta' ancora magmatica, allo stato nascente*><sup>146</sup>.

Invero, al riguardo, è stata rilevata non solo *<l'esistenza di una polarità contrapposta*><sup>147</sup> tra un primo contratto, negoziato tra contraenti esperti, che aspira alla realizzazione della massima autonomia delle parti attraverso un regolamento completo ed autosufficiente, ed un secondo contratto, quello del consumatore, che, a causa dell'asimmetria di potere tra i paciscenti, richiede, al contrario, la puntuale predisposizione di una disciplina eteronoma del rapporto da parte del legislatore<sup>148</sup>, ma anche quella di una *<terra di mezzo*><sup>149</sup>: un'area intermedia *<fra le situazioni in cui gli operatori corrono rischi consapevoli e quelle in cui lo herd behaviour dei consumatori invoca correttivi nel segno di norme imperative di sostegno*><sup>150</sup>, un'area in cui *<si stende un'ampia fascia di*

---

<sup>146</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit.

<sup>147</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XII, il quale afferma: “da un lato, il contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo”, precisando che questo “interviene tra soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell'agire contrattuale, quisque faber fortunae suae e pienamente avvertiti della necessità di “azzerare il rischio del giudice”, di evitare, dunque, che al loro convergere su un programma sia fatto dire, in sede di contenzioso, qualcosa di diverso da quello che essi intendevano perseguire”. Dall'altro lato, “c'è il vasto continente del contratto dei consumatori. Non si può chiedere loro di supplire alla carenza di informazione che ne caratterizza l'agire. La razionalità è limitata, di cui sono prigionieri e vittime, e' tutto quello che è dato pretendere da chi compie scelte di mero consumo: frammentarie ancorché ripetitive, marginali, frettolose. Di qui la necessità di interventi che ne vendichino le ragioni”.

<sup>148</sup> In tal senso, AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI e VILLA, Bologna, 2008, 12.

<sup>149</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., XIII.

<sup>150</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., XIII.



*rapporti [...] che non si lasciano ricondurre a modelli estremi*<sup>151</sup>. È in questa zona grigia che parte della dottrina ha situato la figura del terzo contratto. <Terzo> in quanto mira ad abbracciare le ipotesi estranee sia al cd. <primo contratto>, vale a dire il contratto concluso in maniera paritaria, disciplinato dal nostro codice civile, sia al cd. <secondo contratto>, quello, cioè, perfezionato con il consumatore ed ormai radicato normativamente nell'ordinamento. I contenuti normativi ed applicativi, ancora incerti, di tale figura, forse non ne consentono, ad oggi, portata dogmatica<sup>152</sup>, ma ciò non diminuisce l'importanza della sua valenza descrittiva ed anzi acuisce per l'interprete la necessità di tracciarne dei contorni leggibili.

## **8. L'asimmetria di potere contrattuale tra tutela del singolo contraente debole e tutela del mercato in generale**

Nel dibattito scaturito dall'invito dello studioso che elaborò tale nozione a “*dare identità al terzo contratto, ricostruendone [...] una trama disciplinare apprezzabile*”<sup>153</sup>, l'ambito del “*terzo contratto*” è stato delimitato alla contrattazione tra imprese in contesti di asimmetria di

---

<sup>151</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., XIII.

<sup>152</sup> In tal senso D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 38.

<sup>153</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., XIII.

potere contrattuale<sup>154</sup>, individuando così un campo più ristretto rispetto a quello attribuito in origine da Pardolesi<sup>155</sup>, ma che comprende fattispecie maggiormente omogenee che hanno il vantaggio di possedere un addentellato normativo<sup>156</sup>.

L'indice legislativo cui si fa principalmente riferimento è costituito dall'art. 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura nelle attività produttive<sup>157</sup>, disposizione che ha destato più di qualche perplessità.

In primo luogo, con riferimento all'ambito di applicazione, essa, pur collocata all'interno della legge sulla subfornitura, denota una portata tale da andare oltre la specifica tipologia del contratto e da indurre l'interprete a ritenere che possa essere applicata anche ad altre relazioni commerciali<sup>158</sup> e ad altri rapporti, non necessariamente di natura contrattuale<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> Al riguardo, si veda ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769.

<sup>155</sup> PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit. XIII, secondo l'autore la figura avrebbe potuto ricomprendere tanto i rapporti tra imprese, quanto i contratti tra non professionisti, ma individualmente negoziati.

<sup>156</sup> D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., 38.

<sup>157</sup> Tale norma disponeva, nella originaria formulazione, che "1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro confronti, un'impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".

<sup>158</sup> In questo senso ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1183; CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scambio di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, 725; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 1, 20;

Inoltre, la determinazione della stessa fattispecie risulta non propriamente agevole, dal momento che la norma fornisce, come unici parametri per valutare il potere economico di una impresa rispetto all'altra, l'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi e la reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti<sup>160</sup>. Riguardo alla sussistenza della possibilità dell'alternativa - e alla sua attitudine soddisfattiva -, da un lato, parte della dottrina ha affermato, non solo, che la fattispecie della dipendenza economica nulla abbia a che fare con l'eccessivo squilibrio, essendo molto più calzante *“il richiamo alla difficoltà di trovare fonti alternative”*, ma anche che il tenore della norma *“lascerebbe intendere [...] che il suddetto criterio di qualificazione di una situazione di dipendenza economica non sia esclusivo, ma eventuale, ben potendo il giudice tener conto anche di*

---

COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 75 ss; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 102 ss., il quale osserva come la tesi dell'applicazione generalizzata dell'istituto sia ormai la sola recepita sia dalla manualistica di diritto privato e commerciale, sia nei trattati sulla disciplina generale del contratto. In senso contrario, RINALDI e TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di SPOSATO e COCCIA, Torino, 1999, 124 ss.; MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna Roma, 2003, 483 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia nel contratto*, Milano, 2005, 145, SCARSO, *La tutela del contraente «debole»*, Torino, 2006, 201 ss. Si segnala, inoltre, la posizione di DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, tra principio di buona fede e tutela nel mercato*, in *Giur. merito*, 2006, 2153 ss., secondo il quale l'art. 9 sarebbe sì applicabile ai rapporti commerciali tra imprese diversi dalla subfornitura, ma solo in via analogica. Gli orientamenti giurisprudenziali sul punto saranno illustrati nel prosieguo, ora basti anticipare che diverse decisioni della giurisprudenza di merito hanno concordato sull'applicazione generalizzata dell'istituto ai rapporti tra imprese, tra queste: Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 261, in cui il Tribunale ravvisa nell'art. 9 una *“clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali tra imprese”*.

<sup>159</sup> In tal senso OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 20; il quale ritiene che la previsione di cui al co. 2 dell'art. 9, inerente al rifiuto di vendere o di comprare, *“sembra escludere un rapporto preesistente, se non altro contrattuale e ancora in corso”*.

<sup>160</sup> In questo senso COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 77 ss.

*circostanze estranee alla situazione di mercato dell'impresa che subisce l'abuso*"<sup>161</sup>.

Dall'altra parte, con riferimento alla locuzione che connota l'effetto anti-giuridico della dipendenza economica, consistente nel significativo squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, e' stato inevitabile il parallelismo con la disciplina posta a tutela del consumatore contro le clausole abusive predisposte dal professionista e sancita, oggi, dall'art. 33 cod. cons., a mente del quale si considerano abusive le clausole che determinano "*a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e di obblighi*". Parallelismo che ha indotto taluni commentatori ad intravedere un nuovo paradigma contrattuale, nel quale l'imprenditore debole occupa la medesima posizione del consumatore<sup>162</sup>, ed un nuovo modello unitario, scaturente dall'unica figura del contratto con asimmetria di potere contrattuale dalle parti<sup>163</sup>.

Tuttavia, altra parte della dottrina al riguardo ha affermato che la generica tutela di una situazione di debolezza non puo' consentire di

---

<sup>161</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 78.

<sup>162</sup> In tal senso AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 15.

<sup>163</sup> ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit.; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.

accumunare i contratti col consumatore a contratti tra imprese<sup>164</sup>. Si e' acutamente osservato che le ipotesi riconducibili alla figura del "terzo contratto" ed il trattamento normativo ad esse accordato presentano solo in apparenza delle analogie con il contratto del consumatore: "lo squilibrio [...] e', nelle due ipotesi, riferito a situazioni ontologicamente diverse"<sup>165</sup>:

La diversita' attiene, sotto un primo profilo, alla circostanza che non vi e', nella ipotesi del terzo contratto, "una situazione di debolezza dell'impresa che sia assunta dalla normativa [...] come presupposto contrattuale generale" al quale viene ricollegato un particolare trattamento normativo, come invece avviene per la categoria dei contratti del consumatore<sup>166</sup>. Sotto un ulteriore profilo, mentre la disciplina a tutela del consumatore si riferisce ad una situazione di squilibrio effettiva, in quanto presuppone che il contratto sia stato concluso da un soggetto istituzionalmente debole, nella legge sulla subfornitura lo squilibrio puo' assumere una dimensione meramente potenziale, in quanto

---

<sup>164</sup> CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 414 ss., il quale, pur rilevando che si intravede una identita' di *ratio* tra la disciplina delle clausole vessatorie e l'art. 9 L. 192/1998, sottolinea che identita' di *ratio* non significa identita' *tout court*.

<sup>165</sup> PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 394, il quale afferma al riguardo: "alla somiglianza di facciata e' difficile far corrispondere una identita' di concetti, in quanto le due formule, benché apparentemente simili, non sono comparabili".

<sup>166</sup> D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., 41.

cio' che rileva e' il potere economico dell'impresa di imporre condizioni gravose<sup>167</sup>.

Sgomberato il campo dall'ipotesi di un'unitaria categoria di contratto in cui confluisca la disciplina tanto del "*secondo contratto*", quanto del "*terzo*", non si puo' tacere che la previsione di cui all'art. 9 della L. 192/1998, opera un indiscutibile richiamo al tema della concorrenza.

Invero, parte della dottrina ritiene addirittura che nella legislazione a tutela della concorrenza debba rintracciarsi la genesi stessa della figura del "*terzo contratto*". In vari progetti di legge si erano, infatti, ventilate sia l'ipotesi di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie relativa all'abuso di posizione dominante di cui alla L. 10 ottobre 1990, n. 287, sino a ricomprendervi l'imposizione da parte del committente - in virtu' della sua forza contrattuale - di alcuni comportamenti notevolmente svantaggiosi per la controparte; sia quella di enucleare all'uopo una fattispecie autonoma, quella dell'abuso di dipendenza economica, collocandola pero' all'interno della legge antitrust<sup>168</sup>. Tali propositi furono poi accantonati in considerazione delle differenti finalita' delle due fattispecie - l'una tesa a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato, l'altra diretta a

---

<sup>167</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 79. È opportuno rilevare che l'importanza della distinzione tra contratti conclusi tra professionista e consumatore, da un lato, e tra imprenditori, dall'altro, e' stata evidenziata anche dalla Commissione delle Comunità europee nella *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia contrattuale europea e di revisione dell'acquis* del 23 settembre 2005.

<sup>168</sup> Per la ricostruzione dell'iter legislativo dell'art. 9 L. 192/1998 si veda MAUGERI, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2001, 1062 ss.

regolare “la disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalita’ che possono prescindere dall’impatto di tali rapporti sull’operare dei meccanismi concorrenziali”<sup>169</sup>-, nonostante non potesse negarsi una loro empatia. Il nesso esistente tra esse sarebbe riaffiorato, con maggior incidenza, pochi anni dopo l’emanazione della L. 192/1998, con la significativa modifica apportata all’art. 9 della legge sulla subfornitura dall’art. 11 della L. 5 marzo 2001, n. 57, recante “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”. Tale disposizione normativa ha recato importanti novita’ alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica, chiarendo le competenze del giudice ordinario ed attribuendo all’AGCM una specifica competenza in materia di abuso di dipendenza economica: si e’ esplicitato che la parte danneggiata puo’ esperire sia l’azione di risarcimento del danno sia la tutela inibitoria, si e’ riconosciuta all’AGCM la possibilita’ di attivare, anche d’ufficio, i poteri di indagine e l’esperimento dell’istruttoria, irrogare le sanzioni previste dall’art. 15 della L. 287/1990<sup>170</sup>. La scelta di

---

<sup>169</sup> AGCM, segnalazione AS121 dell’11 febbraio 1998, in *Boll.*, n. 5, 1998, 15.

<sup>170</sup> A seguito della novella, l’enunciato dell’art. 9, L. 192/1998, e’ il seguente: “1. È vietato l’abuso da parte di una o piu’ imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro confronti, un’impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica e’ valutata tenendo conto anche della reale possibilita’ per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.  
2. L’abuso puo’ anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto.  
3. Il patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica e’ nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.

tale duplice tutela, civilistica e di diritto antitrust, se secondo taluni ha il pregio di ricondurre le ipotesi di abuso di dipendenza economica alla sede loro propria<sup>171</sup>, per altri interpreti e' stata foriera di non poche perplessita'<sup>172</sup>. Ove, infatti, si consideri quanto prima precisato, cioe' che la differenza tra le due fattispecie dell'abuso di dipendenza economica e dell'abuso di posizione dominante consiste nell'inficiare una il singolo rapporto contrattuale, l'altra il mercato, l'inciso di cui al co. 3-*bis* dell'art. 9 della L. 192/1998 potrebbe autorizzare a ritenere che, nella citata ipotesi, non vi sia distinzione tra posizione dominante e dipendenza economica. La medesima AGCM ha espresso parere negativo circa la novella apportata dall'art. 11 L. 57/2001, evidenziando che, al di là delle ipotesi di abuso di posizione dominante riconducibili all'art. 3 L. 287/1990, è arduo configurare un abuso di dipendenza economica che abbia effetti sull'assetto concorrenziale e che, al fine di favorire una più ampia applicazione dell' art. 9, L. 192/1998, il legislatore avrebbe dovuto

---

*3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorita' garante della concorrenza e del mercato puo', qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alla diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso".*

<sup>171</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 84.

<sup>172</sup> MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Concorrenza merc.*, 2001, 229.



ancorare la verifica della dipendenza economica principalmente a criteri economici di mercato <sup>173</sup>.

Al riguardo, si deve rilevare che, se da un lato, i divieti posti contro l'abuso di dipendenza economica inducono sì ad un controllo del contenuto del contratto quale operazione economica complessa<sup>174</sup> - in quanto non si limitano a porre l'attenzione solo sullo squilibrio giuridico di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, ma ineriscono anche all'eccessiva disparità economica delle prestazioni imposta alla parte debole<sup>175</sup> -, dall'altro, si è affermato che il potere di determinare un eccessivo squilibrio tra diritti ed obblighi altro non sarebbe se non un potere sul prezzo: il potere di imporre *“il prezzo di una prestazione senza alcun riguardo a quello praticato in regime di concorrenza”*<sup>176</sup>, tanto da potersi ritenere che *“il potere dell'impresa fondato sulla dipendenza economica di un cliente o di un fornitore e', dunque, analogo a quello detenuto dall'impresa in posizione dominante assoluta”*<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Il resoconto dei rilievi dell'AGCM è tratteggiato da MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 2, 464 ss.

<sup>174</sup> BARBA, *L'abuso di posizione dominante: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998, 342.

<sup>175</sup> In questo senso BARBA, *L'abuso di posizione dominante: profili generali*, cit., 342; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, 305 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 779; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit. 81.

<sup>176</sup> PINTO, *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 400.

<sup>177</sup> PINTO, *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., 400 ss.: *“La dipendenza economica emerge, dunque, dall'art. 9 come una situazione di soggezione in cui si trova un'impresa nei confronti di un'altra impresa, la quale, pur non detenendo una quota elevata del mercato di riferimento, e' ciononostante in grado di tenere, nei confronti di un proprio partner*

La necessità di individuare un criterio in base al quale stabilire quando lo squilibrio delle prestazioni può dirsi eccessivo ha portato, inoltre, la dottrina a fare riferimento, in modo quasi unanime, al canone generale di buona fede in senso oggettivo. Si è osservato, infatti, che è alla luce di una valutazione della buona fede che si determina se le condizioni contrattuali siano ingiustificatamente gravose o se l'interruzione delle relazioni commerciali sia arbitraria. Ciò emergerebbe dalla portata di alcuni istituti codicistici, quali la rescissione per lesione, ove lo squilibrio tra le prestazioni rileva solo laddove vi sia l' approfittamento dell'altrui stato di bisogno; la minaccia di far valere un diritto, che è causa di annullamento del contratto nell'ipotesi in cui sia diretta a conseguire vantaggi ingiusti; ma anche la disciplina posta a tutela del consumatore contro le clausole abusive predisposte dal professionista cui prima si è fatto cenno<sup>178</sup>.

Il canone della buona fede ha, inoltre, consentito di assimilare il divieto di abuso di dipendenza economica a quello di abuso del diritto, inteso come abuso di diritto nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente nei confronti dell'altro. Sotto tale luce, il divieto di abusare della dipendenza economica tenderebbe a salvaguardare il corretto esercizio dell'autonomia privata, imponendo doveri di diligenza,

---

*commerciale comportamenti in tutto e per tutto analoghi a quelli che il monopolista può imporre a tutti gli operatori presenti sul mercato”.*

<sup>178</sup> In questo senso, LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 3, 352 ss.

prestazioni e comportamenti positivi, nell'ottica di salvaguardare anche l'interesse e l'utilità dell'altra parte<sup>179</sup>.

Tali assunti sarebbero, tuttavia, non risolutivi secondo l'opinione di alcuni interpreti, dal momento che il concetto di buona fede necessita a sua volta di essere di volta in volta specificato e concretizzato, e la genericità della sua formula si presta ad essere per i giudici il grimaldello per entrare nella valutazione dell'economia interna del contratto ed operare, se del caso, un bilanciamento delle prestazioni, senza che vi sia il ricorso ad un indice riferimento interno all'articolato normativo<sup>180</sup>.

## **9. Gli approdi della giurisprudenza in tema di abuso di dipendenza economica**

Se la figura del <terzo contratto> non è mai stata menzionata in giurisprudenza, ma ha trovato posto e attenzione solo nella speculazione dottrinale, diversamente può dirsi circa la disciplina relativa all'abuso di dipendenza economica che ha trovato riconoscimento ed applicazione in giurisprudenza alcuni anni dopo l'emanazione della legge sulla

---

<sup>179</sup> PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, cit., 328 ss.; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 49 ss.

<sup>180</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 86 ss.

subfornitura<sup>181</sup>, seppur mediante pronunce che hanno tratteggiato un tortuoso percorso per la soluzione delle questioni concernenti l'applicabilità dell'istituto in questione ai contratti diversi dalla subfornitura e la definizione del concetto stesso di abuso di dipendenza economica<sup>182</sup>.

Ad un virtuoso esordio<sup>183</sup>, con cui si era ammessa l'applicabilità dell'art. 9 della L. 192/1998 ad una ipotesi di contratto di compravendita, riconoscendo alla norma un campo di applicazione tale da ricomprendere ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa<sup>184</sup> - ma si era anche affermato che lo stato di dipendenza economica sarebbe individuabile ponendo particolare attenzione alla sussistenza delle alternative soddisfacenti, la quale deve consistere non in una mera possibilità, astratta e ipotetica, ma in una *<opportunità che in concreto il mercato offre per un risultato comunque utile per l'impresa (il termine*

---

<sup>181</sup>Più d'una furono le occasioni mancate: Trib. Taranto 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 2077, con nota di GRANIERI; Trib. Torino 19 marzo 1999 e Trib. Taranto 28 settembre e 13 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 624, con note di PALMIERI e GRANIERI; Trib. Udine 27 aprile 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2677, con osservazioni di PALMIERI.

<sup>182</sup> Per una sintetica panoramica giurisprudenziale su talune questioni in tema di contratti tra imprenditori, si veda RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale ed abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2010, 5, 599.

<sup>183</sup> Trib. Bari ordinanza 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2183, con note di PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e di OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*.

<sup>184</sup> Così, testualmente, Trib. Bari ordinanza 6 maggio 2002, cit.,: “[l’art. 9] ha un ambito di applicazione che si estende a tutti i contratti tra imprese [...], per quanto riguarda i soggetti destinatari del divieto di abuso di dipendenza economica, la norma ha un campo di applicazione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dall’art. 1, comprendendo ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa (cliente o fornitrice)”.

“soddisfacente” – sinonimo di esauriente – va riferito alla realizzazione dell’interesse dell’imprenditore, vanificato dall’abuso)<sup>185</sup> -, sono seguiti provvedimenti giurisdizionali di segno nettamente opposto. Solo qualche mese dopo l’adozione dell’ordinanza del tribunale di Bari che aveva dato luogo al battesimo della disciplina, la stessa viene, infatti, annullata in fase di reclamo<sup>186</sup> sulla base all’assunto che l’abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai contratti di subfornitura. Tale motivazione viene condivisa e ribadita in molte decisioni di altri tribunali<sup>187</sup>. In particolare, si afferma che sarebbe assolutamente contrario ai principi di ermeneutica giuridica ritenere che una norma, inserita in una legge di settore che disciplina la subfornitura nelle attività produttive, possa trovare applicazione anche al di fuori di tali ipotesi: tale operazione stravolgerebbe tutti i principi in tema di contratti in quanto, derogando al principio della libertà contrattuale e conferendo al giudice il potere di riequilibrare l’assetto del negozio ed addirittura quello di costituire rapporti giuridici tra le parti, determinerebbe

---

<sup>185</sup> Trib. Bari ordinanza 6 maggio 2002, cit.: “*Si tratta di un criterio che, ancorche’ elastico, rinvia al mercato nel quale l’impresa opera ed alla situazione contingente nella quale essa viene a trovarsi, in conseguenza dell’abuso subito, al fine di verificare la reale possibilita’ di far fronte all’imprevisto mediante il ricorso ad altro interlocutore commerciale*”. Il medesimo tribunale precisa poi che il citato criterio non e’ l’unico sul quale debba fondarsi la valutazione circa la sussistenza della dipendenza economica, ma deve essere coadiuvato anche da altri parametri, quali, ad esempio, la durata della relazione commerciale e la natura della prestazione oggetto del contratto, l’interesse economico del contraente debole.

<sup>186</sup> Trib. Bari ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3209, con nota di PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: “dal caso limite” alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*

<sup>187</sup> Tribunale di Roma ord. 20 maggio 2002, *ibidem*; Trib. Torino 18 marzo 2003, in *Gius*, 2003, 13, 1502; Trib. Taranto ord. 17 settembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 1, 65, con nota di COLANGELO; Trib. Taranto 21 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 262.

*<conseguenze [...] dirompenti dei principi di comune applicazione in materia contrattuale>*<sup>188</sup>.

Fortunatamente tale filone restrittivo e' stato progressivamente abbandonato<sup>189</sup>, controbattendo alle obiezioni poc' anzi citate mediante un richiamo alla dottrina prevalente<sup>190</sup> ed agli altri interventi normativi (il diritto della concorrenza, le discipline c.d. consumeristiche, le norme a tutela del risparmiatore e dell'investitore nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari, disciplina sui termini di pagamento) indici del superamento di un sistema contrattuale fondato sull'unita' del contraente e dell'evoluzione verso uno che realizzi una selezione degli interessi di volta in volta ritenuti rilevanti<sup>191</sup>. Se pur si riconosce che il divieto di abuso di dipendenza economica introduce un limite rilevante alla liberta' negoziale delle imprese, si nega tuttavia che cio' possa rappresentare un ostacolo per l'operativita' del'istituto oltre i confini della subfornitura. Si osserva, infatti, che *"l'impianto liberistico del codice civile, dopo l'entrata in vigore della Costituzione e la legislazione speciale attuativa di diritti costituzionali ha subito*

---

<sup>188</sup> Trib. Torino 19 novembre 1999 e Trib. Taranto 28 settembre e 13 ottobre 1999, in *Foro it.*, cit.

<sup>189</sup> In tal senso si vedano: Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 1, con nota di FABBIO; Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262, in *Danno e resp.*, 2004, 424, con nota di PALMIERI; in *Il civilista*, 2010, 6, 92, ove si afferma che tale istituto *"deve considerarsi [...] di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale, si da non porsi un problema di applicazione analogica o estensiva dello stesso"*; Trib. Bari 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, 1604; Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Giur. Merito*, 2006, 2149; Trib. Trieste 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3513.

<sup>190</sup> In questo senso, BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. Merito*, 2008, 2, 350.

<sup>191</sup> COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 110.

*penetranti deroghe a tutela di determinate categorie di contraenti deboli*”<sup>192</sup>, con la conseguenza che il divieto di abuso di dipendenza economica si inserisce in un quadro normativo già caratterizzato da molteplici “*obblighi specifici del contraente forte volti a riequilibrare autoritativamente sul piano giuridico il disequilibrio economico che, per sua natura, puo’ determinare un disequilibrio del potere contrattuale*”<sup>193</sup> e, dunque, la sua generale applicazione ai rapporti verticali tra imprese non stravolge i principi dell’ordinamento giuridico in materia di liberta’ negoziale. Pertanto, ad oggi, l’applicazione della disciplina dell’abuso di dipendenza economica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale costituisce l’orientamento dominante anche in giurisprudenza <sup>194</sup>.

Parimenti, con riferimento al diverso profilo della individuazione della fattispecie le pronunce sono state piuttosto variegate, anche perche’, come gia’ precisato, il legislatore non ha enucleato degli specifici indici da cui si intenda quando ricorre un abuso di dipendenza economica, a differenza di quanto accade per i contratti dei consumatori dove e’,

---

<sup>192</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, in *Giur. Merito*, 2007, 11, 2900, e in *Giur. Merito*, 2008, 2, 341, con nota di BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*.

<sup>193</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, in *Giur. Merito*, cit.

<sup>194</sup> Sul punto Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, cit., precisa che “*l’art. 9 non trova applicazione nel rapporto orizzontale tra imprese, ma solo quando esse sono in relazione verticale nell’ambito di un rapporto produttivo, di distribuzione, di effettuazione di servizi, qualunque sia la direzione della cessione di beni o servizi tra impresa dipendente e dominante*”.

invece, previsto un elenco di clausole che si presumono vessatorie o abusive.

Al riguardo, l'attenzione dei giudici si è in un primo momento soffermata sulla dimensione delle imprese coinvolte e sull'analisi del dato oggettivo delle rispettive posizioni sostanziali, riconducendo alla differenza tra queste lo squilibrio contrattuale<sup>195</sup>, ed ha tralasciato la valutazione in concreto degli investimenti specifici sostenuti, dell'organizzazione del processo produttivo secondo specifiche tecniche, dei costi di commutazione, della disponibilità di alternative reali e soddisfacenti, del pericolo di un arresto dell'attività dell'impresa in posizione debole. Elementi questi che sono stati successivamente rivalutati e che si sono rivelati di particolare importanza al fine di identificare l'abuso di dipendenza economica in base a criteri più rigorosi, che tengano in dovuta considerazione tutte le sfaccettature della situazione concreta<sup>196</sup>.

È bene poi rilevare che, secondo la giurisprudenza più accorta, il comportamento abusivo dell'impresa dominante, rintracciato, in accordo

---

<sup>195</sup> Trib. Taranto ord. 17 settembre 2003, cit.

<sup>196</sup> Trib. Catania 5 gennaio 2004, cit., il quale ha affermato che, per ottenere tutela nei confronti del fornitore che si rifiuta di approvvigionare un dato materiale, devono essere dimostrati non solo l'inesistenza sul mercato di reali e valide alternative ai materiali commercializzati dal fornitore, ma anche l'organizzazione del processo produttivo secondo tecniche tali da necessitare in via esclusiva di quel materiale e il pericolo di un blocco totale degli impianti; Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, cit., ove si è affermato che *“in ogni caso la valutazione della sussistenza della dipendenza economica comporta l'esame dell'esistenza di alternative di mercato all'impresa dominante (art. 9, comma 2, ultimo periodo). Pur non costituendo il parametro esclusivo, l'esistenza di alternative di mercato assume notevolissima rilevanza per valutare la dipendenza economica, in quanto tale condizione appare immutabile se l'impresa dipendente non ha una concreta possibilità di emanciparsi instaurando diversi rapporti commerciali”*.



con quanto previsto dal co. 2 dell'art. 9, nell'imposizione un contenuto negoziale che sia fonte di uno squilibrio di diritti e di doveri a sfavore dell'altro contraente<sup>197</sup> oppure nel rifiuto di vendere o di comprare, non postula necessariamente l'esistenza di un pregresso rapporto contrattuale ma può preesistere a questo, essendo riferibile anche a determinati rapporti che versano in uno stato meramente potenziale<sup>198</sup>.

Sul punto è stato affermato<sup>199</sup> che la condizione di dipendenza economica, come può scaturire proprio dallo svolgimento di stretti rapporti commerciali tra le due imprese, quando esso finisce con l'influenzare le strategie commerciali di una delle due tanto privare quest'ultima della indipendenza commerciale da tali relazioni<sup>200</sup>, così può essere slegata *<dalla precedente instaurazione di un rapporto commerciale tra le imprese (es. nel rifiuto di acquisto o di contrarre) e, quindi, ragionevolmente collegarsi alla condizione di monopolista o di oligopolista di una delle parti con riferimento ad una determinata*

---

<sup>197</sup> Trib. Trieste 21 settembre 2006, cit., ad esempio, ha affermato che ricorre un abuso nel caso di imposizione di una pattuizione negoziale eccessivamente gravosa, ai sensi della quale il cliente, che abbia l'esigenza di spostare il proprio impianto, è tenuto a rivolgersi solo alla società fornitrice, senza alcuna possibilità di contrattare i prezzi dei lavori e dei materiali.

<sup>198</sup> Sul punto CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 414, rileva che l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose non si riferisce esclusivamente *"alla rinegoziazione e a particolari profili fattuali (investimenti specifici non riconvertibili, modifica delle condizioni di contratto non giustificata da sopravvenienze) che dovrebbero caratterizzarla"*. Ciò sia perché tale limitazione non sarebbe in accordo con la lettera dell'art. 9 L. 192/1998, sia perché *"la specificità e non riconvertibilità dell'investimento può verificarsi in fase di prima negoziazione"*.

<sup>199</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, cit.

<sup>200</sup> Es. interruzione arbitraria dei rapporti commerciali, pregressa imposizione di obblighi di forte investimento o di abbandono di relazioni commerciali con altre imprese concorrenti con la prima, di altri settori commerciali o di altri mercati.

*categoria (o sottocategoria) di prodotti o servizi costituenti l'attività principale dell'altra* > <sup>201</sup>.

Le condotte abusive mediante le quali può realizzarsi l'abuso della dipendenza economica, dunque, si sostanziano nel rifiuto a contrarre (di vendita o acquisto, precedute o meno da pregressi rapporti contrattuali tra le parti), nell'imposizione di clausole negoziali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ma anche nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Proprio su tale ultima ipotesi è stata richiamata più di recente l'attenzione dei giudicanti, perchè se non può dubitarsi che l'art. 9 L. 192/1998, sia astrattamente in grado di colpire e di sanzionare i casi di interruzione opportunistica del rapporto da parte dell'imprenditore dominante, incerti appaiono i presupposti ed i limiti della tutela del contraente debole, dipendendo essi dal modo in cui si concretizzi il concetto di abuso<sup>202</sup>.

Le prime applicazioni dell'art. 9, l. n. 192 del 1998, a casi di interruzione della relazione commerciale tra un fornitore ed un distributore si erano concluse per il rigetto della tutela richiesta, sul presupposto che il recesso del produttore fosse stato esercitato in presenza di una situazione di oggettiva necessità di organizzazione

---

<sup>201</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, cit., con l'avvertimento che tale tipo di dipendenza non risulta pacifica, essendovi da più parti osservato che la dipendenza economica può derivare esclusivamente dalla pregressa instaurazione di rapporti commerciali che abbiano influenzato in modo determinante, la strategia aziendale dell'impresa più debole, rendendola dipendente dall'altra.

<sup>202</sup> In tal senso, BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, cit.

aziendale<sup>203</sup>, o a seguito del reiterato addebito di inadempienze e ritardi nelle consegne<sup>204</sup>, e che, pertanto, non ricorresse abuso di dipendenza economica in quanto non vi era un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali ai sensi dell'art. 9. In direzione diversa sono state orientate le pronunce più recenti, giungendo al medesimo risultato di riconoscere il ricorrere dell'abuso con argomentazioni molto differenti tra loro.

Da un lato, la giurisprudenza di merito ha ritenuto abusivo l'esercizio di recesso mediante un percorso argomentativo che ha attribuito piena rilevanza al problema della protezione degli investimenti specialistici del distributore, rilevando che ove il contratto richieda degli investimenti specifici, un eventuale recesso da parte dell'impresa dominante, se non giustificato da inadempienze dell'impresa dipendente, *<deve corrispondere ad effettive necessità aziendali dell'impresa dominante, oppure deve consentire il rimborso, anche solo parziale o frazionario, degli investimenti ai quali l'impresa dipendente è stata obbligata o, quanto meno, deve prevedere un termine di preavviso che sia congruo in relazione agli obblighi contrattuali assunti dalle parti e/o alle possibilità di reperire alternative commerciali>*<sup>205</sup>. L'impresa dominante, dunque, può legittimamente recedere per effettive necessità aziendali, purché l'imprenditore debole non sia stato determinato dalla

---

<sup>203</sup> Trib. Roma 5 novembre 2003, cit., 1, 3440. Sul tema si veda anche Trib. Taranto 17 settembre 2002, cit.

<sup>204</sup> Trib. Bari 15 gennaio 2005, cit.

<sup>205</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, cit.

ridotta forza contrattuale ad effettuare investimenti ingenti per l'esecuzione del contratto subendo in via esclusiva il rischio che, per una rottura improvvisa della relazione commerciale, essi non possano essere adeguatamente impiegati nella vendita di prodotti concorrenti o similari. La clausola di recesso *ad nutum*, se inserita in un contratto che comporti obblighi di investimento a carico dell'impresa dipendente, dovrà essere accompagnato da un obbligo di preavviso tale da consentire l'ammortamento del capitale investito ed idoneo a reperire alternative commerciali, in modo da far svincolare l'impresa dipendente dalla condizione di sudditanza economica <sup>206</sup>.

Dall'altro lato, i giudici di legittimità hanno, invece, sanzionato l'esercizio del diritto di recesso e l'interruzione del rapporto facendo leva sulla nozione di abuso del diritto<sup>207</sup>. La Corte muove dalla considerazione che i principi generali del diritto delle obbligazioni - quelli di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti - rilevano tanto sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, quanto su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Con riferimento al primo aspetto, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal

---

<sup>206</sup> Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007, cit, ove si è ritenuto che il termine di preavviso di due mesi, previsto dalla clausola di recesso *ad nutum*, fosse troppo breve per il recupero degli investimenti, essendo tale lasso di tempo insufficiente per l'ammortamento di quanto investito e per il reperimento di alternative commerciali. Il tribunale ha poi espresso il convincimento che la reciprocità del patto di recesso non fosse sufficiente ad escludere il carattere abusivo della clausola.

<sup>207</sup> Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 1, 2010, 5 ss., con commento di D'AMICO.

contratto o dalla legge, al fine di preservare gli interessi della controparte; riguardo il secondo aspetto, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o sanzionare l'abuso del diritto. Quest'ultimo, come noto, si riscontrerebbe quando l'esercizio concreto del diritto soggettivo avvenga, da parte del titolare, con modalità irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, anche se formalmente in accordo con la cornice attributiva di quel diritto, tali da causare uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri furono attribuiti. Ove ricorrano tali presupposti, al giudice è consentito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale<sup>208</sup>, senza che tale operazione costituisca

---

<sup>208</sup> Con riferimento all'affermazione della Corte secondo cui l'esercizio del diritto di recesso che presenti il carattere della abusività possa dar luogo al risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede o anche ad un intervento integrativo e modificativo del contenuto della clausola da parte del giudice, alle disposizioni normative sulla subfornitura che sanciscono la nullità del patto attraverso cui si realizzi l'abuso di dipendenza economica ed alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito in alcuni casi di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, CENINI e GAMBARO, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109 ss., hanno acutamente rilevato che *“tre profili sembrano dunque sovrapporsi: il primo riguardante la validità di una clausola “sbilanciata”, quale quella che preveda il recesso ad nutum, contenuta in contratti cd. asimmetrici e che porta alla dichiarazione di nullità della clausola stessa e dunque, di fatto, alla sua cancellazione anche per il futuro dal contratto; il secondo concernente il perpetrare un comportamento abusivo quale può essere l'interruzione o la drastica riduzione delle relazioni commerciali da parte del committente e che può portare, in sede cautelare, all'inibitoria di tale comportamento; il terzo inerente invece l'esercizio concreto di un diritto, quale quello di recesso,*

una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che viene censurato non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso.

Da qui l'affermazione che, dovendo avvenire l'esercizio del diritto di recesso previsto dalle condizioni contrattuali nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, è onere del giudice di merito valutare se questo è stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti: onere dal quale egli non può esimersi per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, ma che anzi deve essere adempiuto nel modo più ampio e rigoroso laddove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti<sup>209</sup>.

Il quadro sopra tratteggiato evidenzia che, in tema di abuso di dipendenza economica, il percorso della giurisprudenza è approdato a ben pochi punti fermi, essendo ancora nel vivo di una fase di costruzione e consolidamento. Le pronunce citate, tuttavia, dimostrano il crescente favore dei giudici all'applicazione dell'art. 9 L. 192/1998, anche se forse

---

*previsto contrattualmente e comportante un ipotetico giudizio di abusività delle modalità di esercizio di tale diritto, giudizio fondato su un generale dovere di comportarsi secondo buona fede nell'interpretazione e esecuzione del contratto e che porta, nel caso di riconoscimento di abusività/contrarietà a buona fede della condotta o ad un risarcimento del danno oppure, secondo quanto ora stabilito dalla Cassazione, ad una modifica della clausola stessa".*

<sup>209</sup> Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, cit. Nel caso di specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte territoriale la quale, relativamente al contratto di concessione di vendita intercorrente tra una nota casa automobilistica ed i suoi numerosi concessionari, aveva erroneamente ritenuto che l'espressa previsione contrattuale del recesso *ad nutum* in favore della casa automobilistica non potesse consentire al giudicante nessun sindacato sull'esercizio di tale facoltà, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio di un potere che rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato.

un'importante occasione di intervento, quale è stata la sentenza della Suprema Corte, 18 settembre 2009, n. 20106, non ha portato quel contributo che era, invece, auspicabile. Tale ultima pronuncia, infatti, se, opportunamente, sollecita il giudice di merito ad effettuare le necessarie indagini circa l'esplicazione dell'autonomia privata nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza - conferendogli anche il potere di intervenire per integrare o modificare il contenuto contrattuale -, al tempo stesso non approfondisce l'analisi degli elementi costitutivi della dipendenza economica ed omette di enucleare i criteri economici che diano una configurazione più concreta al canone di buona fede<sup>210</sup>: criteri indispensabili non solo per restringere l'alea giudiziale e per scoraggiare comportamenti opportunistici, ma anche per incentivare scelte più efficienti da parte degli operatori del mercato e per consentire loro l'effettivo recupero degli investimenti specifici effettuati.

---

<sup>210</sup> Sottolinea l'esigenza di indici in base a cui condurre l'analisi del contenuto economico dell'accordo e su cui tarare la congruità dello scambio e l'asimmetria di potere contrattuale COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 87.

## CAPITOLO III

### TUTELA DEL CONSUMATORE E DIRITTO PRIVATO GENERALE

Sommario: 1. I contratti dei consumatori ed i meccanismi di tutela 2. Effettività del consenso nel rapporto di consumo: il diritto di recesso 2.2. Segue: Le informazioni a disposizione del consumatore ed i requisiti formali del contratto 3. Il controllo sull'equilibrio del contratto 4. Tutela del consumatore e <*diritti secondi*>

#### **1. I contratti dei consumatori ed i meccanismi di tutela**

Come nelle pagine addietro è stato spiegato, dunque, il corretto funzionamento del mercato postula l'esistenza di disposizioni normative in tema di concorrenza, nonché di tutela dei consumatori.

Non appare necessario ripercorrere in maniera analitica l'evoluzione normativa che ha condotto all'affermazione del diritto dei consumatori nel nostro Paese, tuttavia, al fine di rievocare solo i tratti essenziali, precedentemente si è ricordato che la legislazione in merito, nasce a seguito dell'introduzione di alcune discipline speciali di origine comunitaria che sono andate via via arricchendo il quadro di facoltà e di poteri che il consumatore può esercitare nell'ambito di rapporti tipici nei



confronti dell'impresa professionista, alla quale vengono imposti nuovi obblighi o soggezioni (si pensi al credito al consumo alla multiproprietà, ai servizi turistici, al commercio elettronico). Lo scopo di tali interventi normativi è attribuire al consumatore una posizione giuridicamente più forte per compensare la sua intrinseca debolezza sul piano sostanziale.

A tal fine sono state varate discipline di respiro più ampio come quelle relative ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ai contratti a distanza, alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; la disciplina relativa alle clausole vessatorie e quella relativa alle pratiche commerciali scorrette, di particolare rilievo per le implicazioni sistematiche che comportano ove si pensi ad esempio che quest'ultima estende la tutela del consumatore oltre la soglia stessa del contratto all'intero rapporto di consumo.

Ancora importanti previsioni normative riguardano la sicurezza dei prodotti, la responsabilità per danno da prodotti difettosi e le garanzie legali e convenzionali di conformità dei prodotti.

Si tratta di discipline normative da cui origina un nuovo importante ambito del diritto privato costruito attorno all'atto di consumo e alla figura del consumatore, presupposti applicativi di tutte le disposizioni di legge in questione, che trovano giustificazione razionale in una disuguaglianza sostanziale tra le parti e nell'esigenza di riequilibrare la

posizione di quella che tra esse non è in condizione di esercitare un'effettiva autonomia contrattuale <sup>211</sup>.

La disamina dei mezzi posti a tutela del consumatore, in ambito contrattuale, si rende, dunque, necessaria nella misura in cui il legislatore, predisponendo i meccanismi cui si fa riferimento, ha introdotto una serie di regole ed istituti ignoti alla disciplina codicistica del contratto.

Tali regole possono essere, essenzialmente, ricondotte a due tipologie, l'una tende a recuperare l'effettività del consenso attraverso nuovi istituti o rivisitazioni di istituti tradizionali, l'altra consiste in un controllo sull'equilibrio dello scambio che implica una serie di aspetti fortemente innovativi rispetto alla teoria generale del contratto <sup>212</sup>.

Nel primo caso, l'ottica entro cui si muove l'interprete ruota intorno alle modalità necessarie a rendere effettivo il consenso, a renderlo informato e consapevole; nel secondo caso si prescinde, invece, dalla volontà delle parti, manifestata mediante il consenso, e si valuta l'equilibrio del rapporto in sé.

---

<sup>211</sup> In tal senso A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, *Jus*, 2, 2009, p. 349.

<sup>212</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A. M. Gambino, Torino, 2011, p. 188 e ss.

## **2. Effettività del consenso nel rapporto di consumo: il diritto di recesso**

Una delle principali tecniche di protezione del consumatore è stata introdotta a seguito della direttiva 85/577, relativa ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, ossia ai contratti di vendita o fornitura di beni o servizi accomunati dalla circostanza che il negozio si conclude, per esempio, al domicilio del consumatore o sul posto di lavoro o ancora mediante <catalogo>, in relazione ai quali al consumatore veniva concessa la possibilità di recedere entro un certo termine dall'intervenuta conclusione del contratto ed a prescindere dall'eventuale esecuzione, senza essere considerato inadempiente: senza, cioè, dover rispondere di penali, senza dover sostenere costi o spese. Inoltre, si prevedeva che sull'impresa gravasse l'obbligo di informare il consumatore dell'esistenza di questo suo diritto ed ogni possibile intesa di segno diverso si riteneva nulla <sup>213</sup>.

La formulazione di tale strumento di autotutela è stata imposta dalla necessità di ovviare alla velocità degli scambi, tale da imporre al consumatore di compiere scelte contrattuali spesso non ponderate a sufficienza, in un contesto negoziale in cui, peraltro, gli è ritagliato il solo ruolo di semplice aderente ad un contratto predisposto dal professionista.

---

<sup>213</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p. 189.

Antecedentemente alla trasposizione della direttiva menzionata, il nostro ordinamento conosceva un sistema di tutela analogo, con riferimento all'acquisto di prodotti finanziari fuori sede, per i quali era ammesso, entro un breve termine di sospensione degli effetti del contratto, la possibilità di revocare la proposta e sciogliersi dall'impegno.

Tali meccanismi erano del tutto estranei al sistema del contratto disciplinato dal codice civile, che non ammetteva una possibilità di ripensamento successiva al momento della conclusione del contratto, basandosi sulla regola opposta: l'irreversibilità del consenso, sancita dalla formula della *<forza di legge>* del contratto tra le parti <sup>214</sup>. In più, la figura del recesso di pentimento di fonte comunitaria si discostava dal recesso convenzionale di cui all'art. 1373 cod.civ. in quanto di fonte legale, attivabile anche in presenza di un inizio di esecuzione ed *ad nutum*, ed infine esperibile senza costi per il consumatore, salvo ovviamente il rimborso delle spese affrontate dall'altra parte.

In ragione di tali particolarità, rispetto al recesso di pentimento, vi è stata una certa difficoltà ad inquadrare il nuovo istituto che ha portato a spiegarne il significato ora riconducendola ad una eccezionale possibilità di revoca della proposta dopo l'accettazione, in deroga a quanto previsto dall'art. 1328, co. 2, cod. civ., ora ad una facoltà di recesso prevista

---

<sup>214</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p. 189.

dalla legge in deroga al sistema che la vorrebbe pattuita tra le parti e possibile solo fino all'inizio dell'esecuzione del contratto.

Tuttavia, tale istituto non era in alcun modo riconducibile agli schemi ordinari in quanto operava in base ad un diverso sistema procedimentale di formazione dell'accordo, la cui comprensione imponeva di soffermarsi sulla circostanza che il nuovo diritto riconosciuto al consumatore implicava il superamento del principio della parità formale dei contraenti, centrale nell'impostazione codicistica <sup>215</sup>, marginale nella prospettiva della disciplina comunitaria che era diretta valorizzare gli aspetti inerenti all'uguaglianza sostanziale.

Sotto un diverso profilo, la scelta di incidere sul procedimento di conclusione del contratto riflette l'idea della centralità del consenso: la contrattazione fuori dai locali commerciali infatti minava la serietà, l'effettività e la ponderazione del consenso del consumatore, e dunque la possibilità di un recesso dopo la conclusione del contratto era teso a garantire che gli elementi citati fossero comunque presenti, offrendo al consumatore un breve lasso di tempo successivo alla conclusione del contratto per valutare l'opportunità e la convenienza dell'affare appena concluso ed un contrappeso del rischio di scelte contrattuali non pienamente consapevoli.

---

<sup>215</sup> Invero, è doveroso ricordare che il principio della parità formale dei contraenti ha iniziato ad essere eroso in taluni ambiti settoriali e, in particolare, in quello del lavoro subordinato in cui la legge sul licenziamento individuale ha mosso dall'esigenza di introdurre una regola differente per ciascuna delle parti.

Se il diritto di recesso è stato introdotto, inizialmente, in relazione ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, successivamente è stato esteso ad altri settori, tanto che in relazione ad esso può parlarsi di un principio generale del sistema dei contratti dei consumatori.

In particolare, attualmente gli art. 47, 64 e 67 cod. cons. attribuiscono al consumatore la facoltà di recedere dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali entro dieci giorni lavorativi, che diventano sessanta ove il professionista non abbia fornito le informazioni relative al diritto di recesso medesimo; mentre gli artt. 52, co. 1, lett. f) e g), 53 e 64-67 cod. cons. accordano al consumatore la facoltà di recedere dai contratti a distanza entro dieci giorni lavorativi, che diventano novanta nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi informativi sul recesso.

I successivi art. 90 e 92 cod. cons. attribuiscono al consumatore il diritto di recedere in ulteriori due di ipotesi: quando la revisione al rialzo del prezzo forfetario del pacchetto turistico, espressamente prevista nel contratto, divenga superiore al dieci per cento del costo originario; quando, prima della partenza, l'organizzatore o il venditore proponga la modifica significativa di uno o più elementi del contratto e provveda a comunicare l'avviso con la proposta e l'indicazione della variazione di prezzo, che il consumatore decide di rifiutare. In tutti e due i casi, oltre che nell'ipotesi di cancellazione del pacchetto prima della partenza, per causa a lui non imputabile, il consumatore ha diritto di usufruire di un

altro pacchetto di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo o di un pacchetto di qualità inferiore ma verso restituzione della differenza di prezzo oppure ha diritto al rimborso entro sette giorni lavorativi dal recesso o dalla cancellazione della somma di danaro già anticipata.

Da ricordare, è poi che l'art. 125, co. 1, TUB, in combinato disposto con l'art. 118 TUB, accorda al consumatore il diritto di recedere entro quindici giorni dai contratti di credito al consumo ove il creditore eserciti lo *ius variandi*, modificazione unilateralmente *in peius* i prezzi, i tassi e le altre condizioni contrattuali.

## **2.2. Le informazioni a disposizione del consumatore ed i requisiti formali del contratto**

Parallelamente al diritto di recesso hanno trovato diffusione ulteriori strumenti di protezione vertenti sul contenuto del contratto: da un lato, si richiedeva che quest'ultimo si allargasse a comprendere una serie di informazioni, dall'altro che fosse espresso in modo chiaro e comprensibile <sup>216</sup>. Anche sotto tale profilo, l'intenzione era quella di assicurare la consapevolezza del consenso ed il testo dell'accordo doveva diventare veicolo di informazioni utili a consentire al

---

<sup>216</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p. 191.

consumatore una migliore valutazione degli effetti del contratto ed una maggiore pienezza del consenso.

Dunque, nello specifico, il dovere di informazione di cui si parla inerisce non solo alla fase precedente la conclusione del contratto, ma anche al perfezionamento dell'accordo e alla successiva esecuzione del rapporto contrattuale, essendo ambedue sfaccettature diverse della consapevole formazione del consenso e della corretta esplicazione dell'autonomia contrattuale..

In caso di violazione di tali doveri, la disciplina comunitaria non prevede sanzioni di carattere generale, ma individua come soluzioni alcune misure specifiche, come il prolungamento del termine per il recesso di pentimento in caso di mancata informazione del consumatore sul regime di tale tecnica di protezione. Siffatta lacuna di disciplina, ha indotto dottrina e giurisprudenza ad chiedersi quali potessero essere le conseguenze della violazione dei doveri di informazione da parte del professionista, proponendo soluzioni e ricostruzioni interpretative anche molto distanti l'una dall'altra.

Al riguardo, da parte di alcuni si è fatto principalmente riferimento alla collocazione logico-temporale dei doveri di informazione ed alla scansione procedimentale impressa alla fase di conclusione del contratto, sicché tali doveri sono stati collocati nella fase delle trattative, richiamando disciplina prevista dal codice civile per le trattative e



all'ambito di applicazione dell'art. 1337 cod. civ.<sup>217</sup>. Altri studiosi, invece, li hanno collocati nella fase della formazione della volontà del consumatore-contraente, ventilando la possibilità che il consumatore non adeguatamente informato venga considerato in errore e possa chiedere l'applicazione del rimedio previsto in via generale per i vizi della volontà, quale appunto l'annullamento del contratto<sup>218</sup>.

Un diverso orientamento punta sul loro carattere inderogabile, connesso alla funzione di protezione del consumatore voluta dal legislatore, e ritiene, quindi, che la loro violazione determini la nullità relativa del contratto successivamente concluso<sup>219</sup>.

Tuttavia, l'indirizzo maggioritario si distanzia da tali ipotesi e muove verso una ben diversa ricostruzione: dal momento che gli obblighi legali di informazione costituiscono delle regole di condotta cui il contegno del professionista deve essere improntato nel corso del rapporto, la loro violazione altro non costituisce se non un inadempimento, da cui deriverà, come reazione più adeguata, la risoluzione del contratto. Al consumatore è data, dunque, un'alternativa: può domandare la risoluzione del contratto ed il connesso risarcimento del danno, ma sarà tenuto alla restituzione di quanto abbia eventualmente ricevuto dall'altro

---

<sup>217</sup> In tal senso D'Amico, <Regole di validità> e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 159 ss.; Grisi G., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144 ss.

<sup>218</sup> Sacco R., *Il contratto* (a cura di R. Sacco e G. De Nova), II, Torino, 2004, 428 ss.; nel medesimo senso Visintini G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

<sup>219</sup> Cass. 15 giugno 1999 n. 5917; Trib. Mantova 1 dicembre 2004; Trib. Venezia 22 novembre 2004; Trib. Parma 6 luglio 1995.

contraente in esecuzione del contratto, oppure può richiedere il solo risarcimento del danno, trattenendo quindi le prestazioni già eseguite, il cui valore verrà detratto nella commisurazione del risarcimento all'interesse positivo <sup>220</sup>.

La giurisprudenza più accorta, ha rilevato infatti che il recesso non è sempre lo strumento che meglio tutela il consumatore giacché comporta la rinuncia ai vantaggi connessi all'operazione contrattuale; mentre invece il risarcimento del danno appare appropriato per lo meno sotto il profilo della conservazione di tali vantaggi e della loro combinazione con il risultato dell'azione risarcitoria <sup>221</sup>.

L'effettività e la pienezza del consenso voleva essere tutelata dal legislatore europeo anche con la previsione del recesso e dei doveri di informazione, nell'ottica del legislatore comunitario doveva poi essere ulteriormente garantita dal rispetto di precisi requisiti formali.

La forma scritta dei documenti informativi e degli stessi contratti, difatti, ha lo scopo di assicurare che il consumatore si appresti a stipulare il contratto disponendo delle informazioni essenziali ai fini del decidere sull'opportunità di concluderlo. Dunque, mentre nella previsione del legislatore del codice civile gli oneri formali

---

<sup>220</sup> Si veda Sicchiero G., *Nullità per inadempimento*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 368 ss.; Roppo V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 896.

<sup>221</sup> Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, la quale ha reputato il risarcimento del danno la soluzione più conveniente per il consumatore-risparmiatore nel caso di violazione degli obblighi stabiliti dalla disciplina degli investimenti prevista da regolamenti Consob.

riguardavano prevalentemente i contratti relativi a beni immobili e gli atti a titolo gratuito o i negozi destinati al soddisfacimento di interessi pubblici, ora sono rivolti a tutelare in modo più pregnante il consumatore o l'investitore nei casi di contratti di finanziamento o di assicurazione.

La forma assume, in altre parole, il duplice ruolo di strumento di documentazione delle informazioni rilevanti per favorire il compimento di scelte consapevoli da parte del consumatore, secondo un modello anticipatorio di tutela del contraente debole e di strumento che consente al consumatore la conoscenza immediata del contenuto di un contratto che egli non ha contribuito a predisporre. La c.d. forma informativa può concorrere o meno con il requisito della forma scritta del contratto: i due oneri formali coesistono, nel contratto di multiproprietà e nel contratto di pacchetto turistico, sicché in tali casi si può anche prospettare un'unitaria forma scritta *ad substantiam* a carattere procedimentale poiché il suo assolvimento viene scandito dalla preventiva predisposizione del documento informativo e dal successivo suo riversamento nel testo scritto dell'accordo ed è possibile, pertanto, assoggettare la violazione dei due oneri alla medesima sanzione, la nullità di protezione. La forma informativa e la forma *ad substantiam* non convivono invece nella disciplina dei contratti stipulati fuori dei locali commerciali di cui agli artt. 45 ss. cod. cons. e dei contratti a

distanza disciplinati dagli artt. 50 ss. cod. cons., con riferimento ai quali è previsto espressamente il dovere di fornire per iscritto le informazioni relative al diritto di recesso anche se il contratto viene concluso oralmente o mediante comportamenti concludenti.

### **3. Il controllo sull'equilibrio del contratto**

Accanto a tali meccanismi di tutela, con la direttiva 93/13 se ne sono affiancati altri che miravano ad accentuare la valutazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, stabilendo la nullità di quelle clausole capaci di determinare un tale squilibrio ai danni del consumatore. Tale valutazione non era inerente all'adeguatezza del corrispettivo e alla determinazione dell'oggetto, ma doveva inerire all'aspetto normativo del contratto. Compito arduo e che presupponeva, non solo il superamento del dogma della parità formale dei contraenti, ma anche del consenso informato, serio e consapevole, come fonte ideale di contrattazioni giuste e insindacabili <sup>222</sup>.

Tale mezzo di tutela del consumatore implicava la messa in discussione della stessa idea di autonomia contrattuale. Incentrare l'attenzione sul procedimento di formazione del consenso presuppone un'ampia fiducia nella capacità delle parti e nel significato della volontà individuale, il

---

<sup>222</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p. 193.

sindacato sul merito dell'accordo ritiene invece tale volontà non in grado di giustificare gli effetti del contratto e in ragione di ciò richiede un intervento del giudice relativo ad una verifica a prescindere dall'assetto determinato dalla volontà delle parti. Da qui l'attenzione si sposta dunque sui limiti dei poteri conferiti al giudice e sulle modalità con cui il loro esercizio può essere eventualmente sindacato.

Il controllo sul contenuto del contratto e sull'equilibrio dell'accordo è presente anche nella disciplina relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a mente della direttiva 2000/35. Tale testo normativo prevede la nullità degli accordi sui termini di pagamento o sulle conseguenze del ritardo che risultino gravemente iniqui nei confronti del creditore (art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231).

Rispetto alla direttiva in tema di clausole vessatorie, devono essere rilevate due differenze: l'oggetto della disciplina è rappresentato da rapporti tra imprese e l'oggetto del sindacato è rappresentato senz'altro da un sindacato di natura economica e non normativa. Il dato evidenzia che il processo di riforma del diritto privato promosso a livello comunitario, dapprima nell'ambito più delimitato dei contratti dei consumatori, poi nell'ambito dei rapporti tra le imprese, prosegue su linee di sviluppo che presentano motivi comuni e presenta future convergenze a proposito del sindacato sullo squilibrio.

Parimenti, in tema di pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori, è chiaro il fine del legislatore della direttiva 2005/29 di vietare le pratiche possano alterare il consenso del consumatore: il legislatore comunitario prospetta ad un tempo previsioni relative a comportamenti idonei a falsare in misura rilevante la volontà del consumatore, ed il divieto di pratiche - come le vendite piramidali - considerate in sé e per sé, a prescindere dall'effettività e della consapevolezza del consenso dei singoli partecipanti, idonee a determinare squilibri inaccettabili.

Tale aspetto, si è rilevato, pone i problemi più interessanti anche se nel complesso rimane marginale <sup>223</sup>. Per il resto, l'elencazione minuta dei comportamenti che possano alterare il consenso del consumatore (la cui natura illecita sarebbe comunque risultata ovvia nella massa dei casi) può risultare di utilità come indicazione di natura esemplificativa, utile a scoraggiare senz'altro talune prassi, ma la capacità pratica di elaborare continuamente forme di comunicazione e di contrattazione capaci di sorprendere o disorientare il consumatore farà apparire superata la analitica e attenta opera del legislatore, rendendo evidente la necessità di elaborare principi comunque capaci di orientare l'interprete.

La riflessione degli studiosi, date le disposizioni normative cui si è fatto brevemente cenno, si è soffermata sulla possibilità di ravvisare un

---

<sup>223</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p. 194.

principio generale di proporzionalità degli scambi, che consenta di sanzionare gli accordi che realizzino squilibri eccessivi, sul piano normativo e sul piano economico <sup>224</sup>.

I tentativi di costruire un generale principio di proporzionalità sono stati ritenuti giustificati anche in ragione della sua coerenza con la nostra Costituzione: data per scontata la natura variegata dell'ordinamento comunitario, in cui non sempre le politiche sono perfettamente coese e i valori del tutto uniformi, è noto che alla finalità di raggiungere il livello di protezione particolarmente elevata per il consumatore si affianca quella di contribuire al miglior funzionamento del mercato.

In ragione di tale coerenza del principio di proporzionalità con la Costituzione, alcuni ritengono, forse in maniera azzardata, che il principio in questione non debba rimanere confinato né ai contratti dei consumatori né ai contratti delle imprese, potendo al contrario trovare un più ampio spazio applicativo <sup>225</sup>. L'interprete deve in altre parole chiedersi se le tecniche di protezione nate sul terreno della tutela del consumatore ovvero dei rapporti tra imprese non possano reciprocamente rafforzarsi, offrendo così un contributo a ravvisare nel principio di proporzionalità una regola generale del diritto dei contratti.

---

<sup>224</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p.195; si veda anche A.

Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, *Jus*, 2, 2009, p. 352 ss.

<sup>225</sup> Astone F., *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio*, cit., p.195.

#### **4. Tutela del consumatore e <diritti secondi>**

Il consumatore viene, quindi, in considerazione come contraente debole bisognoso di una tutela ulteriore rispetto a quella volta a garantire la trasparenza degli scambi ed il funzionamento efficiente dei meccanismi che regolano la concorrenza. A mente di tale prospettiva solo si possono giustificare previsioni normative che non sono uguali per entrambi i contraenti, ma che per essi prevedono un diverso trattamento in modo da proprio ridurre l'asimmetria di potere contrattuale.

In tal senso la disciplina a tutela del consumatore può essere ricondotta nell'alveo di quei <diritti secondi><sup>226</sup> che si distaccano dal ceppo originario del diritto privato generale, rispondendo ad una logica radicalmente diversa da quella sottesa alla parità di trattamento dei contraenti<sup>227</sup>. I diritti secondi costituiscono espressione di una nuova concezione che vede nel diritto privato non la forma giuridica creata per proteggere gli assetti economici esistenti, ma uno strumento mediante il quale la volontà politica promuove un maggiore equilibrio nelle relazioni economiche.

---

<sup>226</sup> L'espressione è stata coniata da C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus, 1985, p. 22.

<sup>227</sup> In tal senso A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus, 2, 2009, p. 352.



A tal punto, vengono in rilievo due ordini di problemi: da un lato il rapporto esistente tra i diritti secondi ed il diritto primo, e dunque tra diritto dei consumatori e diritto privato generale; dall'altro lato, nel momento in cui si riconosce che il diritto secondo costituisce espressione di principi diversi da quelli del diritto privato generale, anche se pur sempre riconducibili ad un sistema coerente di norme, sorge la questione se tali principi possano trovare applicazione al di fuori dei casi specificatamente previsti.

Con riferimento al primo punto, i diritti secondi in quanto *species* di un più ampio *genus* non costituiscono corpi normativi isolati e privi di legami con il diritto primo, dal quale invece dipendono logicamente in base ad un rapporto di regola eccezione, che rende applicabile la norma più generale ove questa non sia derogata da una speciale.

In tal senso le norme a tutela del consumatore sono caratterizzate dal rinvio necessario alla disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni per quegli aspetti privi di una specifica regolamentazione. Tale necessaria integrazione costituisce una conseguenza naturale delle intrinseche finalità di protezione degli interventi normativi cui si fa riferimento che disciplinano in modo completo il rapporto contrattuale, ma si limitano a correggere determinate situazioni di squilibrio.

Tale incompletezza si riscontra rispetto ai contratti dei consumatori, assoggettati ad un complesso organico di norme, ma si rintraccia anche

nell'ambito dei rapporti tra imprese, disciplinati in modo frammentario da una pluralità di fonti spesso prive di adeguato coordinamento legislativo, e può pertanto definirsi come una precipua caratteristica delle norme che tutelano il contraente debole.

Al riguardo, è opportuno rilevare che l'art. 38 cod. cons. dichiara applicabile ai contratti del consumatore le regole sui contratti in generale, ove non siano derogate dallo stesso codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli.

Tale integrazione delle disposizioni di cui al codice del consumo, da parte del diritto privato generale, opera un bilanciamento tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale *<come principi complementari, che non si contrappongono, ma si integrano a vicenda (...). L'uguaglianza sostanziale attenua infatti, nelle sue conseguenze pratiche, il carattere generale e astratto della legge, promuovendo il superamento di quelle situazioni di fatto in cui l'applicazione di una norma risulterebbe iniqua. L'uguaglianza formale a sua volta impedisce che il riequilibrio normativamente imposto possa spingersi oltre i limiti di ciò che appare ragionevole>*<sup>228</sup>.

In tale ottica, la norma settoriale che operi una disparità di trattamento tra contraenti appare ammissibile solo laddove sia orientata a garantire ad entrambi un pieno ed effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale

---

<sup>228</sup> Albanese A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 353.

ad entrambi riconosciuto, in accordo con il principio di uguaglianza cui si è fatto poc' anzi riferimento.

Sotto un diverso profilo è stato rilevato, che un'interpretazione sistematica che si avvalga del diritto primo con riferimento a problemi applicativi del diritto secondo, costituisce garanzia di soluzioni in accordo con l'ordinamento generale. Al riguardo, si porta l'esempio della disposizione che sancisce la vessatorietà della clausola che, nonostante la buona fede, comporti un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a carico del consumatore, disposizione che dovrebbe essere letta facendo riferimento al principio di autonomia contrattuale. Ciò comporta che il sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto comporta una valutazione sulla correttezza del comportamento precontrattuale del professionista, e può essere ammesso solo ove sia ravvisabile un abuso.

In quanto alla seconda questione, relativa alla possibilità di estendere al di là di casi espressamente previsti, le previsioni in merito alla tutela del consumatore che abbiano assunto la veste di principi, deve rilevarsi come le norme a protezione del contraente debole, pur essendo accomunate dallo scopo di riequilibrare rapporti caratterizzati da una asimmetria di potere contrattuale, perseguano finalità diverse caso per caso. Le ragioni della tutela del consumatore, in questo senso, sono nettamente antitetico rispetto alla *ratio* su cui si fonda la disciplina

posta a tutela dell'impresa economicamente dipendente. In ragione di ciò si può ritenere che le tecniche di tutela previste per il consumatore possano essere estese a figure diverse di contraenti, solo nell'ambito di fattispecie previste espressamente dalla legge, in cui assuma rilevanza una asimmetria di potere contrattuale tale da giustificare razionalmente un trattamento analogo. Così, si è rilevato che inopportuna sarebbe l'estensione della tutela riservata al consumatore nel caso di difetto di conformità del bene - tutela che prevede la riparazione o la sostituzione - all'imprenditore in posizione dipendente. Di converso, invece, con riferimento ad altre fattispecie, come ad esempio quella relativa alla nullità di protezione, può affermarsi che essa costituisce principio applicabile anche al di fuori dell'ambito della normativa consumeristica, ove l'applicazione della regola codicistica di cui all'art. 1419, co. 1, cod. civ., sia incompatibile con la garanzia di parità sostanziale tra i contraenti che si vuole tutelare.

## BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv. *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1989.

AA. VV., *Diritto ed economia*, Cedam, Milano, 1999.

Aa.Vv. *La subfornitura: commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192*, Milano, 1999.

Aa.Vv. *Concorrenza e regolazione nell'Unione europea*, in *Regolazione e concorrenza* (a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti), Bologna, 2000.

Aa.Vv. *Commentario del Codice civile* (a cura di G. Alpa e S. Patti), Milano, 2001.

Aa.Vv. *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002.

Aa.Vv. *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori* (a cura di G. Alpa e R. Danovi), Milano, 2003.

Aa.Vv. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* (a cura di A. Zoppini), Roma-Bari, 2004.

Aa.Vv. *Commentario del Codice del consumo* (a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo), Napoli, 2005.

Aa.Vv. *Contratto e Costituzione in Europa* (a cura di G. Vettori), Padova, 2005.

Agresti G. *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi), Milano, 2006.

- Agrifoglio G. *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, 253 ss.
- Albanese A. *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999.
- Albanese A. *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
- Albanese A. *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006.
- Albanese A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, 2, 347 – 358;
- Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.
- Alessi R. *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale* (a cura di R. Alessi), Palermo, 1999.
- Alessi R. *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.
- Allara M. *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955.
- Alpa G. *La « trasparenza » del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *L'intermediazione mobiliare, Studi in memoria di A. Maisano* (a cura di S. Mazzamuto e G. Terranova), Napoli, 1993.

Alpa G. *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1996, II.

Alpa G. *La legge sui diritti dei consumatori*, in *GC*, 1998.

Alpa G. *Commento all'art. 21*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (a cura di G. Alpa e G. Capriglione), Padova, 1998.

Alpa G. *Commento al d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185, di attuazione della Direttiva n. 97/7CE*, in *I contratti*, 1999.

Alpa G. *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999.

Alpa G. *La legge sui diritti dei consumatori e delle loro associazioni*, in *Il codice del consumo e del risparmio* (a cura di G. Alpa), Milano, 2000.

Alpa G. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000.

Alpa G. *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Le riforme dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo, Materiali dei seminari 2001* (raccolti da G. Alpa ed E.N. Buccico), Milano, 2002.

Alpa G. *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese* (a cura di L. Garofalo), I, Padova, 2003.

Alpa G. *Diritto e responsabilità civile*, Bari-Roma, 2003.

- Alpa G. *La responsabilità civile*, Roma-Bari, 2004.
- Alpa G. *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2005.
- Alpa G. *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006.
- Alpa G.-Patti S.-Caricato C.-Scarpello A. *Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2003.
- Amadio G. *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I.
- Amadio G. *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.
- Amadio G. *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Bologna, 2006.
- Amato G., *Il potere e l’Antitrust*, Bologna, 1998
- Ascarelli T. *Le obbligazioni pecunarie*, nel *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1963.
- Ascarelli T., *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959;
- Barba A. *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive* (a cura di V. Cuffaro), Napoli, 1998.
- Barbero D. *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965.
- Barcellona M. *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.



Barcellona M. *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Barcellona M. *Clausole generale e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

Barcellona M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*; in *Europa e dir. Priv.*, 2008, p. 37.

Barcellona P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.

Benatti F. *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

Benedetti G. *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

Benedetti G. *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I.

Benedetti G. *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997.

Benedetti G. *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *RTDPC*, 1998, e in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G. Vettori), Padova, 1999.

Benedetti G. *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione: dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 309 ss., e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005.

- Bertola G., *Il mercato*, Bologna, 2006.
- Bertolotti A. *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- Bessone M. *Controllo del mercato e teoria del consumo. Per una discussione sul metodo degli studi*, in *Temì*, 1979.
- Bessone M., *Imprese e società*, Bari, 2002.
- Betti E. *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 15, 2, Torino, 1955.
- Betti E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- Bianca C.M. *Art. 130 (commi 1°-6°)*, in *La vendita dei beni di consumo* (a cura di C.M. Bianca), in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006.
- Bortolotti F. *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999.
- Breccia U. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- Buffa F. *Il mercato telematico di borsa: la conclusione del contratto*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1991.
- Buonocore V. *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I.
- Busnelli F.D. *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis-1469-sexis* (a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli), Padova, 1999.

Busnelli F.D. *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I.

Busnelli F.D. *Importanza e limiti dei valori fondamentali della Carta Europea*, in *Carta europea e diritti dei privati* (a cura di G. Vettori), Padova, 2002.

Busnelli F.D.-Navarretta E. *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997.

Calabresi G.-Melamed A.D. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972.

Calvo R. *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *CI-Europa*, 2000.

Calvo R. *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova, 2005.

Camardi C. *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

Camardi C. *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.

Camardi C. *Contratto e rapporto nelle reti telematiche: un nuovo modello di scambio*, in *CI*, 2001, e in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi), in *Tratt. Galgano*, XXVII, Padova, 2002.

Camardi C. *Contratti di consumatore e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Rivista Critica Diritto Privato*, 2005.

Capogrossi Colognesi L. *Il futuro della scienza giuridica europea nella riflessione di uno storico*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti* (a cura di G. Alpa e R. Danovi), Milano, 2004.

Capriglione F. *La nuova legge sul risparmio tra tutela degli investitori e ridefinizione degli aspetti di vertice del settore*, in *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori* (a cura di F. Capriglione), Padova, 2006.

Carbone S.M. *Lo spazio giudiziario europeo*, Milano, 2000.

Cariota Ferrara L. *Il negozio giuridico del diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

Carriero G. *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1998.

Carriero G. *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Tratt. Bessone*, XXXI, Torino, 2002.

Carriero G. *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2004.

Caso R.-Pardolesi R. *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998.

Cassese S. *Per una nuova costituzione economica*, a cura dei Della Cananea e G. Napolitano, Bologna, 1998

Cassese S. *Lo spazio giuridico globale*, Rma-Bari, 2003

Castronovo C. *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986.

Castronovo C. *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

Castronovo C. *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993, e in *BBTC*, 1993, I.

Castronovo C. *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*, in *Eur. dir. priv.*, 1998.

Castronovo C. *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998.

Castronovo C. *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999.

Castronovo C. *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G. Vettori), Padova, 1999.

Castronovo C. *I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II – Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.

Castronovo C. *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana de *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.

Castronovo C. (a cura di) *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.

Castronovo C. *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.

Castronovo C. *Prefazione dell'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, 2005.

Castronovo C. *I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo*, in Consiglio Nazionale Forense, *Il codice civile europeo – Materiali dei seminari 1999-2000* (raccolti da G. Alpa e E.N. Buccico), Milano, 2001.

Castronovo C. *Il contratto nei «Principi di diritto europeo»*, in *Il contratto e le tutele Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Castronovo C. *Natura e modi di un codice europeo nell'esperienza della Commissione Lando*, in Consiglio Nazionale Forense, *La riforma dei*

*codici in Europa e il progetto di codice civile europeo - Materiali dei seminari 2001* (raccolti da G. Alpa e E.N. Buccico), Milano, 2002.

Castronovo C. *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002.

Castronovo C. *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2004.

Castronovo C. *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 44 ss.

Castronovo C. *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *La vendita dei beni di consumo* (a cura di R. Alessi), Milano, 2005.

Castronovo C. *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

Castronovo C. *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397 ss.

Clarizia R. *La libertà di forma in civil law ed in common law. Il contratto informatico*, in *Eur. dir. priv.*, 1999.

Clarizia R. *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. not.*, 1999, I.

Colangelo G. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.

Corapi D. *La direttiva 99/44/CE e la convenzione di Vienna sulla vendita di beni di consumo: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Eur. dir. priv.*, 2002.

Costi R. *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1993.

Costi R., *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1999, 769 ss.

Cresci G. *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (l. 10.10.1990, n. 287)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.

De Cristofaro G. *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000.

De Cristofaro G. *Il «codice del consumo»*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006.

Delfini F. *Il commercio elettronico*, in *Tratt. Picozza e Gabrielli*, Padova, 2004.

Delli Priscoli L. *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I.

De Nova G. *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, I.



- De Nova G. in *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002.
- Di Majo A. *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. Mazzamuto), Napoli, 1989.
- Di Majo A. *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1993, I.
- Di Majo A. *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1994.
- Di Majo A. *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1995.
- Di Majo A. *Il diritto privato del denaro*, in *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996.
- Di Majo A. *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- Di Majo A. *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005.
- Di Nella L. *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003.
- Di Raimo R. *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.
- Falzea A. *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997.
- Fedele A. *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- Ferrarese M.R. *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

- Ferrarese M.R., *Diritto e mercato*, Torino, 1992.
- Ferri G.B. *Negoziato giuridico*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995.
- Ferro Luzzi F., *Regole del mercato, regole nel mercato [prolegomeni in tema di]*, Roma, 2009.
- Ferroni L. (a cura di) *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998.
- Franceschelli V. *La nullità delle intese*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, 425 ss.
- Gabrielli E.-Orestano A. *Contratti del consumatore*, in *Digesto civ.*, Torino, agg., 2000.
- Galasso A. *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971.
- Galgano F. *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988.
- Galgano F. *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *CI*, 1997.
- Galgano F. *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *CI*, 2000.
- Galgano F. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- Garofalo L. *Commento sub art. 1519-nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo. Art. 1519-bis – 1519-nonies c.c. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24* (a cura di L. Garofalo, V. Mannino, E. Moscati, P.M. Vecchi, coord. da L. Garofalo), Padova, 2003.

Gazzoni F. *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rassegna di diritto civile*, 2002.

Gentili A. *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo* (a cura di G. Alpa e E.N. Buccico), Milano, 2002.

Gioia G. *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto impresa*, 1999.

Gioia G. *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corriere giuridico*, 1999.

Giorgi G. *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno*, Firenze, 1903.

Gitti G. *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

Gitti G.-Spada P. *La regolazione del mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

Grisi G. *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

Grisi G. *Lo "ius poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. Critica di diritto privato*, 2001.

Grisi G. *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Habermas J. *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, trad. It. (Il discorso filosofico della modernità) a cura di E. ed E. Agazzi, Roma-Bari, 1991.

Habermas J., *Theorie und Praxis*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1971, trad. it. *Prassi politica e teoria critica della società*, Il Mulino, Bologna, 1973.

von Hayek F. A., *La via della schiavitù* (1944), trad. it., Milano, 1995;

von Hayek F. A., *L'ordine sensoriale* (1952) , trad. it., Milano, 1990;

von Hayek F. A., *La società libera* (1960), trad. it., Firenze, 1969;

von Hayek F. A., *Studi di filosofia, politica ed economia* (1967), trad. it., Soveria Mannelli, 1998;

von Hayek F. A., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee* (1978), trad. it., Roma, 1988;

von Hayek F. A., *Legge, legislazione e libertà* (1982), trad. it., Milano, 1986;

von Hayek F. A., *La presunzione fatale* (1988), trad. it., Milano, 1997;

L. Infantino, *Prefazione a F.A. von Hayek, Liberalismo*, Roma, 1996

Irti N. *Idola libertatis*, Milano, 1985.

Irti N. *La nullità come sanzione civili*, in *Contratto impresa*, 1987.

Irti N. *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

Irti N. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

Irti N. *Scambi senza accordo*, in *RTDPC*, 1998.

Irti N. *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, e in *Id.*, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

Irti N. *L'età della decodificazione vent'anni dopo*, in *L'età della decodificazione* (a cura di N. Irti), Milano, 1999.

Irti N. "È vero ma ..." (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. civ.*, 1999, I.

Irti N. *La concorrenza come statuto normativo*, in *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002.

Irti N. *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Tiv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2005.

Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998.

Irti N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007

Jhering R., *Der Kampf um's Recht*, Manz, Wien 1891, trad. It. *La lotta per il diritto*, Giuffrè, Milano, 1989;

I. Kant., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; trad. it. V. Mathieu, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano, 1982

Kelsen H. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.

Kelsen H. *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. (Teoria generale del diritto e dello Stato) a cura di S. Cotta e G. Treves, Sonzogno, 1984.

La China S. *sub Art. 33*, in *Concorrenza e mercato. Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287* (a cura di V. Afferni), Padova, 1994.

- Lanzalone L. *sub Art. 33, co. 2*, in *Antitrust* (a cura di V. Afferni e G. Schiano di Pepe), in *Commentario breve al codice civile, Leggi complementari* (a cura di G. Alpa e P. Zatti), II, Padova, 2000.
- Lener R. *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996.
- Libertini M. *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- Libertini M. *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazioni antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004.
- Libonati B. *Poteri della CONSOB in materia di OPA*, in *Riv. dir. Comm.*, 1995, I, 497ss.
- Longu T. *Il divieto dell’abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- Lordi A. *Autonomia privata ed equilibrio contrattuale*, in [www.jiu.unitn/cardoza/Review/ Contract/Lordi1.html](http://www.jiu.unitn/cardoza/Review/Contract/Lordi1.html)
- Luhmann N., *Rechtssoziologie*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1972, trad. it. *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977
- Luminoso A. *I rimedi generali contro l’inadempimento del contratto*, in *Della risoluzione per l’inadempimento* (a cura di A. Luminoso, U. Carnevali e M. Costanza), I, Art. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990.
- Luminoso A. *La compravendita*, Milano, 2003.

Luminoso A. *La vendita e i contratti di alienazione*, in *Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale* (Treviso 23-24-25 marzo 2006), Padova, 2006.

Macario F. *Commento dell'art. 121*, in *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo. Commentario degli art. 121-126 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994.

Macario F. *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto impresa-Europa*, 2001.

Macario F. *Il credito al consumo*, in *Tratt. dir. priv. eur.* (a cura di N. Lipari), *Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, Padova, 2003.

Majello U. *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia* (a cura di M. Rispoli Farina), Napoli, 1995.

Mancaloni M. *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005.

Martorano F. *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959.

Maugeri M.R. *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

Mazzamuto S. *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1974.

Mazzamuto S. *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *CI*, 1994.

Mazzamuto S. *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Mazzamuto S. *Introduzione. Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Mazzamuto S. *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1029 ss.

Mazzamuto S. *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita dei beni di consumo* (a cura di R. Alessi), Milano, 2005.

Mazzamuto S. *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005.

Meli M. *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Unde influence e della Uncoscionability*, Padova, 2005.



Mengoni L. *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I.

Mengoni L. *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954.

Mengoni L. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. comm.*, 1956, II.

Mengoni L. *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996.

Mengoni L. *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. critica dir. Priv.*, 1992.

Mengoni L. *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1997.

Messineo F. *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.

Minervini E. *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto impresa-Europa*, 2006.

von Mises L., *Socialismo*, trad. it., Milano, 1990;

von Mises L., *Problemi epistemologici dell'economia*, trad. it., Milano, 1988;

von Mises L., *Lo stato onnipotente (1944)*, trad. it., Milano, 1995;

von Mises L., *Burocrazia (1944)*, trad. it., Milano, 1991;

von Mises L., *L'azione umana (1949)*, trad. it., Torino, 1959;

- von Mises L., *La mentalità anticapitalistica (1956)*, trad. it., Roma, 1988;
- Moscatti E. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata (nota a Cass. 24 aprile 1980 n. 2749)*, in *Giur.it*, 1982, I, 1.
- Musio A. *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001.
- Musso A. *La subfornitura*, Bologna, 2003.
- Napolitano G.-Zoppini A. *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità Indipendenti* (a cura di G. Gitti), Bologna, 2006.
- Natoli R. *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.
- Natoli U. *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.
- Nicolussi A. *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003.
- Nivarra L. *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I.
- Oppo G. *Presentazione*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. Capriglione), in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1987.
- Oppo G. *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I.
- Oppo G. *Disumanizzazione del contratto?*, *Riv. civ.*, 1998, I.

Oppo G. *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”* ; ora, in Id., *Principi e problemi del diritto privato, Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000.

Orlandi M. *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Bologna, 2006.

Osti C. *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

Pagliantini S. *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: in c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori* (a cura di A. Barba), Napoli, 2000.

Palmieri A.-Pardolesi R. *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni»* (nota a Ceg 20 settembre 2001), in *Foro it.*, 2002.

Panzarini G. *Sulle nullità del contratto bancario*, in *CI*, 1995.

Perligieri P. *Nuovi profili del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000; e in Id., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

Pinto V. *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.

Piraino F. *La vendita dei beni di consumo tra obbligazioni e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006.

Plaia A. *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I.

Plaia A. *La garanzia convenzionale nella vendita al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, e in *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. Alessi), Milano, 2005.

Plaia A. (a cura di) *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

Polidori S. *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli-Roma, 2001.

Prosperi F. *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

Putti P.M. *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), II, Padova, 1997.

Putti P.M. *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto civ.*, agg., Torino, 2000.

Putti P.M. *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.

Renda A. *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. impresa*, 2000.

Rescigno P. *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I.

Rescigno P. « *Trasparenza* » bancaria e diritto « comune » dei contratti, in *BBTC*, 1990, I.

Ricciuto V. *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi), in Tratt. Galgano, XXVII, Padova, 2002.

Ricciuto V. *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), I, Torino, 2006.

Rinaldi R.-Turitto F.R. in *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999.

Rodotà S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (ristampa 2004).

Rodotà S. *Aspettando un codice?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998.

Rodotà S. *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. Giur. Lav. e prev. sociale*, 2000, 765 ss.

Rodotà S. *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005.

Roppo V. *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1985.

Roppo V. *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un*

*nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, e in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Roppo V. *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Eur. dir. priv.*, 2004.

Roppo V. *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.

Roppo V. *La tutela del risparmiatore fra nullità (a proposito di Cirio bon & Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005.

Roppo V. *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto impresa*, 2005.

Roppo V.-Afferni G. *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006.

Russo E. *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto impresa*, 2003.

Rossi, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1446

Santoro-Passarelli F. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist., 2002.

Scalisi V. *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002, e in *Eur. dir. priv.*, 2001.

Scalisi V. *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I.

SchininÀ M. *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004.

Schlesinger P. *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corriere giuridico*, 2002, 5.

Scoditti E. *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice nazionale* (nota a Ceg 20 settembre 2001), in *Foro it.*, 2002.

Scoditti E. *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

Scognamiglio C. *L'integrazione*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), *Tratt. Rescigno*, Torino, 1999.

Scognamiglio C. *Commercio elettronico e categorie civilistiche: la conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, Napoli, 2002.

Scognamiglio C. *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Scognamiglio R. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

- Smorto G. *La multiproprietà e la tutela del consumatore: il recepimento della direttiva 94/47/CE*, in *Eur. dir. priv.*, 1999.
- Spoto G. *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, in *Eur. dir. priv.*, 2004.
- Spoto G. *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.
- Tondo S. *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Nuovissimo Digesto italiano VII*, Torino, 1962.
- Toriello F. *La proposta di direttiva sulle garanzie nelle vendite di beni di consumo: brevi note*, in *Contratto impresa-Europa*, 1997.
- Trimarchi P. *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955.
- Valentino D. *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rassegna diritto civile*, 1998.
- Venosta F. *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema, I. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004.
- Venuti M.C. *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, *Eur. dir. priv.*, 2000.
- Vettori G. (a cura di) *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.
- Vettori G. *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.



Vettori G. *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.

Vettori G. *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.

Vettori G. *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005.

Vettori G. *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.

Vettori G. *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006.

Villa G. *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

Zaccaria G. *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transizioni commerciali*, in *Studium juris*, 2001, 257 ss.

Zeno-Zencovich V. *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *Giur. It.*, 1993, IV.

Zeno-Zencovich V. *I contratti di informatica e telecomunicazioni*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* (a cura di G. Alpa e S. Patti), Milano, 1997.

Zeno-Zencovich V. *Nel nuovo regime della multiproprietà un tutela "debole" per il consumatore*, in *Guida dir.*, 1998.