

**DIZIONARI  
DEL DIRITTO PRIVATO**

promossi da  
**NATALINO IRTI**

**DIRITTO CIVILE**

a cura di  
**SILVIO MARTUCCELLI  
VALERIO PESCATORE**



**GIUFFRÈ EDITORE**

ISBN 88-14-15913-0

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2011  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

MARIA BARELA

## MERCATO



*giuffrè editore - 2011*

---

*Estratto dal volume:*

## DIRITTO CIVILE

a cura di  
SILVIO MARTUCELLI  
VALERIO PESCATORE

---

## MERCATO

SOMMARIO: 1. Nozione. — 2. Fonti. Evoluzione storica. — 3. Applicazione dello schema ternario all'ordinamento del mercato: *personae, res, actiones*. — 4. I soggetti del mercato. — 5. I beni. — 6. I negozi. — 7. I principi giuridici del mercato. Iniziativa economica privata e libera concorrenza. — 8. Le condizioni necessarie per il funzionamento del mercato concorrenziale. La normativa *antitrust*. — 9. Trasparenza del mercato e tutela del consumatore. — 10. Il diritto del mercato tra « atto civile », « atto di commercio » e « atto di consumo ». — 11. Il « diritto uniforme » del mercato.

**1. Nozione** — La nozione giuridica di mercato non può costituire un punto di partenza per l'indagine intesa a delinearne i caratteri essenziali, ma piuttosto un punto di arrivo, dal momento che non vi sono definizioni normative da cui muovere, bensì innumerevoli istituti e norme giuridiche, che ogni mercato presuppone.

La parola mercato, infatti, di per sé considerata, esprime un concetto astratto ed inafferrabile: non esiste *il* mercato, quale luogo statico ed immutabile, deputato in senso assoluto agli scambi economici e soggetto alle proprie leggi naturali e costanti, ma esistono molteplici « mercati », che necessitano di essere accompagnati da un predicato (immobiliare, agricolo, finanziario, azionario e via dicendo), che consenta di individuarli nella loro concretezza e di indicarne la relativa disciplina giuridica. Avremo allora tanti mercati quanti sono i beni che possono costituire oggetto di scambio e quanti sono gli spazi in cui detti scambi avvengono.

È bene chiarire che per spazio intendiamo lo spazio giuridico-economico — ovvero l'ambito di validità delle norme che vi trovano applicazione — volto a definire l'ampiezza di ciascun mercato: si passa, allora, dai mercati in cui detto spazio coincide con un luogo dai confini materiali (ad esempio, i mercati locali, regionali, nazionali) ai mercati che oltrepassano detti confini (mercati internazionali, mondiali, globali). In questi ultimi si amplia a dismisura il campo di validità delle norme, suscitando ardui problemi di coordinamento normativo, che raggiungono l'apice nello spazio del « mercato telematico », completamente scisso da qualsiasi collegamento terrestre e costitutivo di un mondo parallelo ed intangibile.

Negli spazi economico-giuridici, come sopra definiti, si collocano le norme

che danno vita ai mercati, nelle diverse forme che essi possono assumere (mercati monopolistici, oligopolistici, concorrenziali), a seconda delle condizioni dell'offerta, di volta in volta stabilite in relazione ai singoli mercati.

Alla pluralità di mercati sotto il profilo delle forme giuridico-economiche, fa riscontro la pluralità dei sistemi economici prescelti dagli ordinamenti giuridici, in base alle diverse ideologie politiche, che di volta in volta li caratterizzano: dai sistemi di tipo liberista, che tendono a lasciare la massima libertà d'azione ai soggetti del mercato, si passa ai sistemi caratterizzati da un intervento più o meno importante da parte dello Stato nell'economia, fino a giungere alle forme di protezionismo, dirigismo economico e collettivismo.

Un primo risultato è, allora, quello della relatività dei principi che reggono il diritto del mercato e, dunque, della assenza di leggi universali connaturate al mercato, che possano valere in ogni tempo e in ogni luogo.

Secondo una corrente di pensiero che fa capo ad insigni economisti e giuristi di stampo liberista, le diverse forme di mercato si distinguerebbero in base al modo in cui si compongono e trovano equilibrio le forze economiche presenti, in base cioè all'ordine naturale dettato dalla spontanea organizzazione degli scambi, che solo in un momento successivo confluirebbe in un assetto giuridico.

A fronte del suddetto orientamento giusnaturalistico, che vorrebbe configurare il mercato come una realtà fondata su di un ordine spontaneo, oppure mossa dalle forze proprie dell'economia, alle quali il diritto deve adeguarsi senza tentare di alterarle, la dottrina più autorevole e recente ritiene che tutti i fattori costitutivi di un determinato mercato non siano l'effetto di una fortuita combina-

zione degli interessi in gioco, ma elementi basilari dello schema economico-giuridico prescelto dal legislatore e, come tali, trovano la loro fonte nel diritto.

Anche coloro che rinvergono nel « contratto » la principale fonte giuridica dell'attuale diritto del mercato, non possono negare l'esistenza, al di sopra di esso, di norme giuridiche volte a legittimarlo. Per quanto gli scambi si concludano oggi secondo forme contrattuali sempre nuove, a-tipiche, l'ingresso nel mondo del diritto di tali schemi avviene pur sempre sulla base di un controllo di meritevolezza, fondato sui principi giuridici accolti dagli ordinamenti statali.

Nessuno può dubitare che ogni mercato corrisponda ad un complesso di norme giuridiche, individuate nello spazio e nel tempo cioè storicamente determinate, che costituiscono un dato mercato e lo differenziano dagli altri.

Questo complesso di norme, tuttavia, non è volto a conferire giuridicità ad un sistema economico « già dato », quasi fosse una sovrastruttura eretta principalmente per proteggere un ordine spontaneo pre-esistente e per applicare le norme su cui questo poggia, ma è il mercato, frutto di precise scelte di politica economica che nulla hanno a che vedere con la pretesa auto-normatività delle leggi naturali dell'economia, che, peraltro, non potrebbero spiegare l'efficacia vincolante degli accordi né le sanzioni in caso di inosservanza degli stessi.

Ogni mercato presuppone, infatti, molteplici istituti giuridici e norme sia del diritto privato che del diritto pubblico, sui quali esso si fonda e che, nel loro complesso, corrispondono alla « decisione di sistema », variabile nello spazio e nel tempo. Non esistono mercati in cui gli scambi non avvengano secondo delle regole giuridiche, le sole in grado di conferire validità agli atti compiuti e di determinare la regolarità e, dunque, la prevedibilità dell'agire: un atto di scambio che non seguisse i criteri pre-stabiliti ed accolti dal diritto oggettivo di riferimento, in alcun modo potrebbe condurre alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito, sarebbe cioè automaticamente fuori dal mercato.

Il potere di decidere l'ambito di va-

lidità delle norme destinate a regolare i singoli mercati, spetta, in ultima analisi, agli Stati, i quali, nell'esercizio della loro sovranità, restano gli unici depositari del potere sia di auto-limitarsi in favore di organismi sovranazionali sia di lasciare ai privati una sfera di autonomia più o meno ampia. In questa prospettiva, anche la nuova *lex mercatoria*, da intendersi quale diritto consuetudinario transnazionale, volto a disciplinare gli scambi nel commercio internazionale, trova comunque il suo fondamento nell'autonomia lasciata ai privati da ciascun ordinamento statale. Il che esprime sempre una scelta di carattere politico.

Ci avviciniamo così alla definizione tecnico-giuridica del mercato, quale statuto normativo delle relazioni di scambio di un determinato bene o di una categoria di beni, determinato nello spazio e nel tempo, dettato dalla decisione politica di un'autorità che sta al di sopra dei soggetti dello scambio, i quali, pertanto, possono decidere autonomamente le regole alle quali devono uniformarsi, soltanto in quanto sia stato loro attribuito detto potere. Esistono, pertanto, tanti mercati quanti sono i possibili contenuti che possono assumere i nuclei di norme che li costituiscono.

In quest'ottica, gli spazi economici, che ad alcuni possono apparire vuoti di norme, non sono altro che il risultato della scelta politica di lasciare circolare liberamente al loro interno merci e capitali.

A conferma dell'artificialità delle leggi del mercato, si consideri, inoltre, la stessa eventualità che si verifichino disfunzioni nel funzionamento delle leggi medesime: le possibili distorsioni e le patologie di cui soffre l'istituzione mercato (il c.d. fallimento del mercato) discendono, infatti, proprio dalla circostanza che il mercato è il risultato di un ordine economico-giuridico elaborato dagli uomini, e non il frutto di leggi naturali che comporterebbero, in quanto tali, l'automatismo degli effetti ad esse ricollegati, come avviene in natura per le leggi fisiche.

Ne consegue, pertanto, la caratteristica della dinamicità, oltre a quella della relatività, del diritto dei mercati, le cui

norme sono soggette alla mutevolezza, nello spazio e nel tempo, propria delle scelte politiche.

**2. Fonti. Evoluzione storica** — Il discorso sulle fonti del diritto del mercato non può prescindere dalla necessaria considerazione della relatività e caducità delle stesse, che vanno riferite ai singoli sistemi economico-giuridici, storicamente individuati, che di volta in volta costituiscono l'oggetto dell'indagine degli studiosi.

Per rendersi conto della validità relativa delle fonti del mercato, è sufficiente considerare l'esistenza di sistemi economico-giuridici profondamente diversi tra loro, frutto delle mutevoli esperienze storiche e politiche.

Non è possibile in questa sede ricostruire l'evoluzione storica delle varie forme di mercato, il che significherebbe ripercorrere la storia politica ed economica degli ultimi secoli. Tuttavia, sotto il profilo metodologico, è necessario che l'analisi del rapporto tra diritto ed economia nel periodo attuale del diritto commerciale, vada affrontata con lo sguardo rivolto al passato, per comprendere al meglio quale « ideologia » attenda alla costruzione dell'attuale sistema giuridico-economico, con particolare riferimento all'ordinamento italiano.

Il mutamento dei principi politici generali comporta inevitabilmente il cambiamento della disciplina giuridica dei rapporti economici: basti considerare le profonde trasformazioni del diritto commerciale verificatesi soltanto a partire dalla fine del secolo decimonono e nel corso del ventesimo, in conseguenza dei cambiamenti di regime politico e dunque, del rapporto Stato-privati, verificatesi in Italia e negli altri Paesi europei.

Ed infatti, dopo la rottura degli schemi successiva alla Rivoluzione francese ad opera della borghesia ottocentesca, in concomitanza con lo sviluppo dell'industria e della tecnica, si giunge alla formulazione di un nuovo diritto commerciale, in una con la transizione da un sistema fondato sui privilegi del ceto mercantile ad un sistema basato sulla libera iniziativa e la libera competizione.

La teoria del liberismo economico, abbozzata durante la Rivoluzione francese, si sviluppa ampiamente nell'Inghilterra ottocentesca, grazie agli studi di Adam Smith, il quale elabora la teoria di una regolazione spontanea dello scambio e delle attività produttive, incentrata sulla nozione di « mano invisibile », secondo la quale il sistema economico non richiede interventi esterni per regolarsi, giacché la ricerca egoistica del proprio interesse giova tendenzialmente all'interesse dell'intera società.

Il secolo diciannovesimo accoglie così un modello di mercato fondato su un presunto « equilibrio naturale », risultato del gioco delle forze individuali naturalmente intese, nei confronti del quale — si affermava — nessun intervento esterno è necessario. In questa prospettiva, la consuetudine rivestiva un ruolo importantissimo, in applicazione del principio del *laissez-faire*, intorno al quale ruotava l'intero sistema del diritto commerciale, che riposava sulla capacità di auto-regolazione del mercato: nessuna norma, infatti, veniva ritenuta più giusta ed equa di quella nata spontaneamente sul terreno della pratica commerciale e proveniente dai destinatari della norma medesima.

Tale sistema, frutto delle teorie giuridico-economiche, che consideravano la natura dei fatti quale fonte primaria del diritto commerciale, entra in crisi quando ci si rende conto che le regole apparentemente sorte dalla libera contrapposizione degli interessi individuali attraverso il reiterato comportamento delle parti in gioco, altro non erano che il risultato della politica di stampo liberista, cui erano conseguite le imposizioni dei soggetti economicamente più forti sul mercato, rispetto ai quali erano destinati a soccombere i cc.dd. contraenti deboli, ovvero tutti coloro che non disponevano di sufficiente potere contrattuale per poter instaurare un dialogo « alla pari » con le grandi imprese allora emergenti.

Al tramonto definitivo del liberismo economico contribuisce la crisi del 1929 in concomitanza con il diffondersi delle teorie keynesiane, contenute ne « *La fine del laissez-faire* », manifesto della scarsa fiducia nella capacità del mercato lasciato

a se stesso di esprimere una domanda di piena occupazione e della necessità che in talune circostanze sia lo Stato a stimolare la domanda.

Il naufragio dell'idea di un mercato naturalisticamente inteso, in grado di autodisciplinarsi, travolge la posizione primaria che le consuetudini avevano acquistato nel sistema delle fonti e le proietta verso gli ultimi gradini della gerarchia. Il loro posto è occupato a mano a mano dalle altre fonti, ed in particolare dalle norme emanate dallo Stato nell'ambito della legislazione speciale nonché dal diritto corporativo e di categoria.

Si passa, infatti, dagli interventi del tutto occasionali dello Stato nella disciplina dell'economia nel periodo liberale ad interventi dettati dalle necessità contingenti della prima guerra mondiale, fino a giungere ad una vera e propria programmazione dell'economia attraverso la legislazione speciale dopo l'avvento del regime fascista, con la conseguente perdita di centralità dei codici di diritto privato.

Lo Stato viene chiamato ad intervenire soprattutto in vista della tutela del superiore interesse dell'economia nazionale: ragioni di carattere politico ed economico fanno sentire l'esigenza di una disciplina pubblicistica dell'economia, ora attraverso la « correzione della sproporzione di forze », ora per « combattere e precludere posizioni di monopolio », ora per « sostituire l'attività privata laddove questa manchi o sia insufficiente », come previsto dalla dichiarazione IX della Carta del Lavoro emanata il 21 aprile 1927, secondo la quale « l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato: tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento o della gestione diretta ».

È in questo periodo che si assiste al compimento del processo di unificazione del diritto civile e del diritto commerciale, definito come « commercializzazione » del diritto privato, sfociato nella emanazione del vigente Codice Civile del 1942, consegnato al sistema dal regime fascista, ormai al tramonto, ed elaborato

sulla base della considerazione che l'impresa fosse un fenomeno ormai entrato nella realtà quotidiana degli scambi.

All'indomani del secondo conflitto mondiale, con l'avvento di una nuova compagine politica alla guida dello Stato, si avvia la costruzione di un nuovo ordinamento del mercato, sulla base delle scelte di politica economica enunciate nell'art. 41 della Costituzione Repubblicana del 1948, il quale, da un lato, delinea i rapporti « verticali » tra lo Stato e i privati sancendo la libertà dell'iniziativa economica privata, dall'altro, ne stabilisce il limite nell'« utilità sociale » e, infine, nel terzo comma — il cui contenuto ha originato un ampio dibattito, tuttora aperto — affida allo Stato, in quanto soggetto provvisto del potere legislativo, il compito di « indirizzare » l'attività economica coordinandola a « fini sociali ».

La nascita della Comunità Economica Europea nel 1957 imprime un indirizzo affatto nuovo alla costruzione del diritto del mercato nel corso della seconda metà del secolo scorso. I principi che fondano l'ordinamento economico vengono a mano a mano definiti nell'ambito del processo di « strutturazione » del mercato, intrapreso sulla base delle linee-guida fornite dai Trattati europei, nel proposito di raggiungere obiettivi sempre più ambiziosi, al fine della creazione di uno « spazio senza frontiere interne », mediante il rafforzamento del principio della libera concorrenza, per un verso, e la tutela del consumatore, per l'altro. A tale proposito, non si può non tener conto del contrasto tra la decisione di sistema, improntata al dirigismo economico ed espressa nel comma terzo dell'art. 41 cost. (reso inapplicabile per giudizio della Corte costituzionale), e le norme dei Trattati Europei, modellate sui principi dell'economia di mercato aperta e sulla libera concorrenza. Si considerino, al riguardo, gli artt. 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, la Carta Europea di protezione dei consumatori del 1973, l'Atto Unico Europeo del 1987, l'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio del 1992, nonché la legislazione che costituisce diretta emanazione dei principi sopra richiamati e che ha la finalità di tutelare

e snellire il funzionamento dei mercati concorrenziali, agevolando il compito dei consumatori, cui viene conferito il ruolo di « arbitri del mercato ».

L'orizzonte è destinato ad ampliarsi con la progressiva espansione degli spazi economici, dovuta ad un incessante progresso tecnologico, e con il passaggio ad un'economia capitalistica post-industriale, in cui il prodotto, oggetto di scambio, non è più legato all'industria, ma è dematerializzato e spesso frutto di mere tecniche giuridiche, con la conseguente fortissima accelerazione impressa alla circolazione di merci e capitali nell'intero pianeta. Il che comporta un'ininterrotta produzione di norme giuridiche non solo nell'ambito degli ordinamenti statali, ma anche al fuori di essi, da parte di istituzioni sorte dall'autolimitazione degli Stati medesimi, in virtù delle Convenzioni internazionali, oltre alla produzione di norme dettate dagli stessi protagonisti del commercio globale.

**3. Applicazione dello schema ternario all'ordinamento del mercato: *personae, res, actiones*** — Per tradizione secolare, lo studio del diritto privato segue uno schema che risale a Gaio: *personae, res, actiones*. Si ritiene che il suddetto schema possa essere proficuamente utilizzato anche per analizzare l'ordinamento dei mercati nel periodo contemporaneo.

Ed infatti, le norme che fondano un mercato possono dirsi tali soltanto in quanto: a) siano destinate ad una pluralità di soggetti, appunto i soggetti del mercato, b) stabiliscano, altresì, le condizioni di commerciabilità dei beni destinati allo scambio ed, infine, c) siano volte a disciplinare un numero indefinito di negozi, di relazioni di scambio, che, solo considerate nel loro complesso, creano un mercato. Uno o più negozi determinati, isolatamente conclusi tra soggetti che non rivestono le qualità richieste dalle norme, non potrebbero in alcun modo costituire un mercato, il quale evoca, invece, una indefinita ripetizione di accordi, composta in un ordine giuridico.

Avremo, pertanto, di volta in volta, norme proibitive, attributive e conformative, che si riferiscono ai soggetti, ai beni

ed ai negozi, le quali identificano gli statuti normativi, introducendo divieti, stabilendo obblighi ed attribuendo qualifiche, disciplinando, cioè, l'ordine degli scambi nei singoli mercati.

**4. I soggetti del mercato** — In una estrema semplificazione, i soggetti del mercato possono essere raccolti nelle due categorie principali dei « venditori » e dei « compratori ». I primi rivestono la qualità di imprenditori (dai piccoli commercianti ai fornitori, dai produttori locali di beni e servizi alle imprese multinazionali), offrono prodotti simili e, aspirando al medesimo risultato di realizzare il profitto più alto, cercano di conquistare il pubblico dei compratori, per guadagnare e mantenere la loro quota di mercato: essi sono, pertanto, in rapporto di concorrenza tra loro.

Sul fronte opposto troviamo la massa dei compratori, i quali aspirano a conseguire i beni atti a realizzare i propri bisogni, alle migliori condizioni ed al prezzo più conveniente: tra di essi vi è, dunque, una relazione di comunanza di interessi.

Orbene, mentre le relazioni che intercorrono tra gli imprenditori sono regolate nell'ambito della disciplina della concorrenza, caratterizzata dalla molteplicità e dalla qualità dei venditori, alla comune posizione assunta dai compratori nel mercato, corrisponde la tutela del consumatore.

La figura del consumatore, definita negativamente quale « persona fisica che acquista o utilizza beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta », è stata contrapposta dal legislatore al professionista, quale « persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che utilizza il contratto, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale », nel tentativo di individuare, nel modo più preciso possibile, i soggetti legittimati ad occupare il fronte dei « venditori » o quello contrapposto dei « compratori ».

In particolare, la figura del consumatore è emersa a seguito dell'evoluzione del concetto di mercato nella seconda metà del secolo scorso, durante la quale



si è assistito ad un fenomeno di capitale importanza, ovvero lo spostamento del centro gravitazionale del sistema economico dal concetto di produzione a quello di consumo.

Tale fenomeno, determinato dall'incessante moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati, ha comportato che, nel corso degli anni, accanto alla figura della grande impresa, sulla quale si era prevalentemente concentrata l'attenzione di economisti e giuristi nel periodo che ha seguito la seconda rivoluzione industriale, si è andata lentamente delineando un'altra figura, quella del consumatore, quale controparte, non solo economica, dell'impresa.

L'importanza assunta dall'atto di consumo nel mondo economico ha implicato, dunque, una riconsiderazione della posizione dei destinatari dei prodotti immessi sul mercato e la necessità di apprestare loro una tutela, tenuto conto del disorientamento di questi soggetti, che si trovano nella difficoltà di conoscere e valutare tutte le caratteristiche e tutti i fattori che incidono sulla convenienza dell'affare rispetto ai propri bisogni.

Il nuovo concetto di mercato, incentrato appunto sul consumo, comporta profondi mutamenti non soltanto del rapporto tra produzione e consumi, ma anche tra produzione e distribuzione e tra consumi e risparmi: il « consumatore » è, infatti, anche il « risparmiatore » nonché il « lavoratore ».

Si è parlato di *status* del consumatore, ma in verità il concetto di *status*, in quanto presupposto per l'attribuzione di un complesso di diritti, poteri e facoltà a soggetti determinati, non appare riferibile ad una categoria così « aperta » di soggetti, della quale potrebbero far parte tutti o nessuno, a seconda delle esigenze contingenti che spingono alla stipulazione di contratti di acquisto o di utilizzazione di beni o servizi.

**5. I beni** — Il legislatore fornisce la nozione di « bene » nell'art. 810 cod. civ., il quale stabilisce che « sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti », provvedendo poi a distinguerli e classificarli in base alla valutazione di de-

terminate caratteristiche. Restano così individuate le cose rilevanti per il diritto, ciascuna delle quali viene fornita di una propria disciplina.

Nel processo di strutturazione dei mercati, un ruolo fondamentale è svolto dalle norme che prevedono la commerciabilità dei beni destinati allo scambio, vietandone il commercio di alcuni, richiedendo requisiti minimi di qualità per altri, introducendo regole per la circolazione di altri ancora o stabilendo la negoziabilità di determinati beni soltanto da parte di alcuni soggetti qualificati.

Per ciascun bene o categoria di beni, viene, pertanto, formulato uno statuto normativo, atto ad individuare il mercato di riferimento. Nessuna cosa è un bene di per sé, dal momento che la destinazione economica è attribuita dal legislatore dall'esterno, unitamente all'emanazione delle regole che ne disciplinano la circolazione. Le cose non destinate allo scambio, definite *res extra commercium*, possono essere comunque beni, ancorché siano fuori dal mercato non potendo costituire oggetto delle regole comuni sulla circolazione (si pensi, ad esempio, ai beni demaniali).

La nozione di bene, come definita dal legislatore, non risulta collegata all'esistenza materiale della cosa in senso naturalistico: possono, pertanto, formare oggetto di diritti anche le « cose » esistenti soltanto nella realtà giuridica. In tal senso, il concetto di bene viene a coincidere con quello di utilità economica, attribuita a qualcosa che risulti da una mera creazione giuridica. È questa la categoria dei « beni immateriali », in costante e progressiva espansione, in ragione sia del progresso tecnologico sia dell'affinarsi delle tecniche giuridiche, generatrici di nuovi beni economici destinati al mercato. Si pensi all'etere, al *software*, al *know-how* e alle *griffes* nonché a tutti i prodotti finanziari, che costituiscono il puro risultato di tecniche contrattuali e non anche di tecnologie industriali. Addirittura, mediante la circolazione dei pacchetti azionari, la stessa industria diventa merce di scambio tra imprenditori, che passano con disinvoltura da un settore all'altro del mercato, spesso al solo scopo di rivendere le aziende ac-

quistate, realizzando in tal modo il proprio profitto.

La creazione di mercati dei nuovi beni immateriali costituisce il risultato più caratteristico della società c.d. post-industriale, in cui il concetto di produzione non è più legato a quello di bene materiale, il godimento dei beni è spesso separato dalla proprietà degli stessi ed il numero degli addetti ai servizi è di gran lunga superiore a quello degli addetti all'industria, con la conseguenza che risulta minata la stessa distinzione tra beni e servizi.

La molteplicità dei mercati discende, dunque, dalle diversità delle discipline dettate dal legislatore con riferimento ai vari beni, intesi non quali « cose », bensì come oggetto di valutazione giuridica, in considerazione dei contrapposti interessi facenti capo ai soggetti del mercato.

Nel processo di emanazione delle singole discipline, potranno, altresì, essere introdotti obblighi e speciali regole di comportamento, giustificati dal giudizio di meritevolezza effettuato dall'ordinamento giuridico nei confronti di interessi, non necessariamente economici, che vanno temperati con il principio della libertà di iniziativa economica. In alcuni casi, cioè, si pone l'esigenza di tutelare alcuni diritti primari, che trovano protezione sia nei principi costituzionali dell'ordinamento interno (art. 41, comma secondo cost.), sia nei principi di diritto comunitario (si pensi, ad esempio, all'art. 30 del Trattato CE in tema di divieti alla circolazione, all'art. 153 dello stesso Trattato, sulla protezione dei consumatori nonché alla direttiva 85/374 in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi), traducendosi in una legislazione speciale relativa alla produzione o al commercio di dati beni. È quanto accade, ad esempio, in tema di diritto alla salute e alla sicurezza dei destinatari dei prodotti finali, per la cui salvaguardia vengono imposti degli *standards* qualitativi minimi, al di sotto dei quali non è possibile scendere, incidendo così sull'oggetto dello scambio. O, ancora, in tema di tutela del risparmio, si consideri l'obbligo che il prodotto circoli « accompagnato » da prospetti informativi.

Dunque, statuti normativi diversi per

la circolazione di diritti su beni diversi, raccolti in micro-sistemi legislativi o codici di settore, sempre più diffusi (relativamente recente è, ad esempio, l'introduzione del codice del consumo), i quali, come si dirà appresso, finiscono per frantumare l'unità del codice civile, da un lato, unificando « orizzontalmente », dall'altro, le discipline emanate all'interno dei singoli Stati.

**6. I negozi** — Così come il legislatore si preoccupa di apprestare una disciplina dei soggetti del mercato e dei beni oggetto di scambio, provvedendo a stabilire chi e cosa devono ritenersi dentro o fuori dal mercato, allo stesso modo provvede a disciplinare gli atti di scambio, ovvero i negozi tipici di un dato mercato, stabilendone le modalità e le forme e prevedendo, altresì, quali siano gli atti vietati.

I singoli mercati, cioè, sono conformati dal diritto, a seconda dei soggetti legittimati, dei beni commerciabili e degli atti che ivi possono essere compiuti.

In particolare, il legislatore predispone gli schemi negoziali, fruibili dalle parti per perseguire i loro interessi, la cui funzione economico-sociale è stata previamente valutata e ritenuta meritevole di tutela. Si tratta di modelli astratti di contratti, suscettibili di essere riempiti dei contenuti più vari e di essere perciò utilizzati infinite volte dai soggetti legittimati a stare nel mercato.

La fitta rete di relazioni di scambio che si intrecciano nel mercato viene così a svolgersi sulla base di strumenti negoziali, che, in un sistema di capitalismo avanzato, come quello attuale, sono volti a garantire il più alto grado di oggettività dei rapporti e, dunque, il più efficiente funzionamento dei meccanismi propri del mercato concorrenziale.

Al riguardo, basti considerare che il risultato più tipico dell'economia capitalista è l'estrema oggettività delle relazioni di scambio, che avvengono nell'ambito della c.d. contrattazione di massa o standardizzata, in cui si assiste ad una spersonalizzazione del rapporto contrattuale e ad una contrazione del dialogo tra le parti fino a ridurre la stipulazione

alla muta sottoscrizione di un modulo oppure ad un semplice e silenzioso gesto, che può consistere nella apprensione materiale del prodotto (si pensi, agli acquisti nei centri commerciali) o, ad esempio, nel « cliccare » sulla tastiera di un computer (nei mercati telematici).

Ecco allora che, sullo scorcio del ventesimo secolo, l'orizzonte della disciplina contrattuale si amplia e si popola di nuovi elementi e categorie che, talvolta, conducono il giurista ad un ragionevole dubbio sulla stessa opportunità di denominare col medesimo termine « contratto » fenomeni che stentano a riconoscersi nell'istituto tramandato dalla tradizione e fissato nel codice civile.

La nuova legislazione consumeristica, di matrice europea, che a ragione deve considerarsi « diritto del mercato », sembra allora assumere i caratteri di un fattore destabilizzante della disciplina del contratto in generale, nei suoi elementi cardine, quali la conclusione, la forma, l'invalidità, lo scioglimento, l'inadempimento ed il conseguente risarcimento. La nascita di un nuovo diritto dei contratti è stata avviata sulla base del riconoscimento di particolari qualità dei contraenti, idonee ad individuare nuovi schemi negoziali, che seguono regole diverse da quelle della disciplina tradizionale.

Basti pensare, ad esempio, con riguardo alle discipline contrattuali di provenienza comunitaria, alle modalità di conclusione del negozio, all'impiego di strumenti meccanici, informatici e telematici (ciò che apre l'orizzonte a problemi gravi ed inattesi), ai cc.dd. obblighi di informazione, o, ancora, all'introduzione di pressanti oneri di forma (fino alla previsione, in alcuni casi, dei caratteri tipografici da utilizzare per la stampa) nonché ai principi del tutto innovativi in tema di invalidità ed inefficacia.

Ebbene, le profonde innovazioni apportate alla disciplina del contratto conducono a ritenere che non si tratta di eccezioni, sia pure rilevanti, al regime tradizionale, ma della introduzione di un nuovo sistema contrattuale, che si fonda su propri principi, in linea con la formazione di un nuovo diritto del mercato, ri-

spondente a logiche che vanno oltre l'elementarità dello scambio individuale.

Se si considera, infatti, il « contratto » quale veicolo delle infinite relazioni intercorrenti tra imprese di grandi dimensioni e consumatori distinti per categorie, esso viene ad assumere il significato di mezzo di attuazione dell'ordine giuridico del mercato, ben distante da quello di strumento dei rapporti tra « privati », secondo le disposizioni degli artt. 1321 ss. cod. civ.

**7. I principi giuridici del mercato. Iniziativa economica privata e libera concorrenza** — Il principio fondamentale che governa l'accesso al mercato nel nostro ordinamento giuridico, è consacrato nel comma primo dell'art. 41 cost.: nel disporre che « l'iniziativa economica privata è libera », esso stabilisce implicitamente una connessione tra iniziativa privata e concorrenza, dal momento che l'esercizio della libertà di entrare nel mercato comporta necessariamente il dover competere con gli altri soggetti ivi presenti.

La scelta di un sistema concorrenziale, tuttavia, non è enunciata espressamente dalla suddetta norma, che nulla dice riguardo al rapporto orizzontale tra le imprese: essa si ricava soltanto in via mediata, quale conseguenza inevitabile del principio di libertà dell'iniziativa privata. Libertà che viene, però, contenuta entro i confini posti dal successivo secondo comma del medesimo articolo, il quale enuncia i criteri deputati a svolgere una funzione mediatrice tra interessi opposti (« non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana »). L'imprenditore sarà, pertanto, libero di scegliere i fini da perseguire, ma, nell'esercizio della propria attività, incontrerà i limiti posti dalla norma in esame, la quale non gli impone la realizzazione di scopi di interesse nazionale — come avveniva nel precedente sistema corporativo, in linea con la concezione funzionale dell'impresa — bensì disciplina le modalità di svolgimento dell'attività economica.

Una esplicita scelta di principio in

favore di un sistema economico di tipo concorrenziale, è stata, invece, manifestata dal legislatore comunitario, il quale ha individuato, in modo particolare nell'Atto Unico Europeo e nel Trattato di Maastricht, l'obiettivo principale della politica comunitaria nella costruzione di un mercato fondato sulla corretta esplicazione del principio della concorrenza tra le imprese.

Va chiarito che il concetto di concorrenza, che, secondo gli economisti della Scuola classica, costituisce il fulcro dell'economia, indica la competizione tra innumerevoli soggetti, i quali offrono prodotti simili alla massa dei consumatori per la soddisfazione di un determinato bisogno, allo scopo di conseguire il più elevato profitto. A tal fine, essi tenderanno a migliorare i prodotti ed a ridurre i prezzi, impiegando nella maniera più efficiente le risorse umane e naturali, con la conseguente soddisfazione dell'interesse generale alla crescita economica.

Affinché detto meccanismo possa funzionare, evitando le degenerazioni connesse al c.d. fallimento del mercato, è necessario che vi siano alcune condizioni indispensabili. Tali condizioni, al pari di qualsiasi elemento costitutivo del mercato, sono create da norme giuridiche, in conformità dello schema adottato. Il concetto stesso di competizione non può prescindere dal riferimento a delle regole, in base alle quali si possa stabilire chi siano i vincitori ed i vinti: competere vuol dire confrontarsi ed il confronto esige che vi siano criteri di giudizio.

È, altresì, necessario che tali regole obblighino tutti i partecipanti allo stesso modo, affinché essi ricevano pari opportunità di successo e la gara possa svolgersi correttamente. L'eguaglianza giuridica dei soggetti costituisce, pertanto, un ineliminabile presupposto del regime di libera concorrenza. L'azione del legislatore europeo è stata dunque sorretta, sin dall'origine, dalla preoccupazione di stabilire le « regole del gioco », le quali, lungi dal limitare e restringere il campo di azione del principio dell'autonomia privata, sono invece volte a mantenerlo e rafforzarlo, dal momento che l'osservanza di una disciplina uniforme, indirizzata in pari misura a tutti i soggetti economici,

consente di evitare quelle distorsioni, che facilmente potrebbero verificarsi laddove la creazione di un ordine del mercato fosse lasciata al « naturale » e « spontaneo » comporsi in equilibrio dei contrapposti interessi.

#### **8. Le condizioni per il funzionamento del mercato concorrenziale. La normativa antitrust**

— Nell'ambito delle disposizioni dirette ad assicurare il corretto svolgimento della competizione tra i soggetti del mercato vanno contemplate sia quelle intese a disciplinare le relazioni tra gli imprenditori e l'attività svolta da questi ultimi in vista del compimento dei singoli atti sia quelle volte a regolare la fruizione degli strumenti contrattuali tipici e, più in generale, tutte le norme che governano i rapporti di scambio tra imprenditori e consumatori e, quindi, la circolazione dei beni.

Sotto il profilo della regolamentazione dei rapporti tra le imprese, viene in rilievo principalmente la c.d. normativa *antitrust*, emanata sulla base dei principi enunciati nei Trattati, il cui nucleo essenziale è costituito dagli artt. 2, 3, 85 e 86 del Trattato CE nonché dall'art. 2 del Trattato UE e dal Regolamento n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni. È opportuno osservare che il modello comunitario, pur traendo spunto dalla legislazione americana antimonopolistica, se ne è distaccato quanto all'obiettivo di fondo: se in quest'ultima, infatti, la « competizione » assurge a valore supremo da tutelare in quanto tale, nella normativa europea, invece, la tutela della concorrenza è apparsa strumentale allo scopo della costruzione del mercato comune; in altre parole, le intese e gli abusi sono vietati in quanto siano pregiudizievoli del libero commercio all'interno dell'Unione, ma sono ammessi laddove possano promuovere il progresso tecnico ed economico. Ed infatti, l'art. 85 del Trattato CE prevede deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza, qualora esse diano luogo a « miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori (...), connessi in particolare con l'aumento

della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico».

In particolare, l'attività dell'Unione mira alla strutturazione del mercato unico muovendo dalla conformazione dei singoli mercati nazionali, come espressamente stabilito dall'art. 3 Tr. CE, lett. g): «... l'azione della Comunità comporta (...) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno». Ai legislatori degli Stati membri è stato, pertanto, affidato il compito di emanare una disciplina adeguata, in applicazione dei principi sopra richiamati.

Il ritardo con cui il legislatore italiano ha adempiuto a tale compito appare singolare se si tiene conto dei progetti *antitrust* elaborati già negli anni Cinquanta, tra cui quello del 1955 che porta il nome di Tullio Ascarelli. Il fallimento di tali progetti e la lentezza con la quale l'Italia si è adeguata alla normativa comunitaria sono dovuti con tutta probabilità alle resistenze che una disciplina *antitrust* incontrava nel nostro ordinamento, ispirato ad una politica interventista che confliggeva con la logica dell'economia di mercato, improntata invece alla garanzia di una posizione paritaria delle imprese pubbliche e private sul mercato. Al riguardo, l'art. 90 del Trattato CE stabilisce che le imprese pubbliche, come quelle private, sono assoggettate alle norme del Trattato medesimo «e, in particolare, alle regole di concorrenza», sebbene «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Come si vede, l'interesse tutelato in via primaria a livello comunitario è quello alla liberalizzazione, che non deve essere necessariamente congiunto alla privatizzazione.

L'esigenza di una deregolamentazione del mercato, emersa in modo particolare negli anni Ottanta, e la conseguente necessità di stabilire le modalità della competizione tra le imprese, ha condotto infine all'approvazione della legge del 10 ottobre 1990 n. 287, recante «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato».

Tale legge, sin dalla sua emanazione,

è stata al centro di ampie polemiche, sia per ciò che riguarda il suo ambito di applicazione, sia per il fatto che, pur dichiarandosi espressamente «attuazione dell'art. 41 cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (art. 1), dispone che siano utilizzati per la sua interpretazione i principi dell'ordinamento comunitario. Essa si articola su tre direttrici diverse: il divieto di intese restrittive della concorrenza, il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato e il divieto di operazioni di concentrazione. A garanzia del rispetto delle regole stabilite per il corretto funzionamento del mercato, la L. n. 287/1990 ha istituito l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con il compito di vigilare sull'osservanza della normativa *de qua*, i cui membri dovrebbero essere provvisti di particolari credenziali di competenza ed assoluta indipendenza.

In particolare, si deve osservare come non vi sia una tipizzazione degli schemi negoziali vietati, ma piuttosto atti e comportamenti vietati in quanto anti-concorrenziali, in qualsiasi tipo di accordo essi si manifestino. Ecco perché si parla di «pratiche concertate», di «attività» nonché di deliberazioni di consorzi, associazioni ed altri organismi similari.

Lo scopo è duplice: a) impedire che anche in via indiretta si possano verificare alterazioni della posizione paritaria dei concorrenti sul mercato, in modo da precludere l'accesso a talune imprese o da escludere dalla competizione altre già presenti ed impedire che si creino maggioranze in grado di spiegare controlli azionari difficili da contrastare; b) eliminare le disfunzioni relative alla condizione della pluralità dell'offerta, intesa quale diversificazione non solo dei prodotti, ma anche delle modalità di vendita dei prodotti stessi. Sotto questo profilo, ad esempio, l'adozione di comportamenti uniformi nelle decisioni e strategie commerciali (anche, ad esempio, quando sia posta in essere mediante strumenti di per sé leciti) può essere sanzionata con la nullità, qualora abbia per effetto l'appiattimento dell'offerta sul mercato di un determinato bene, con la conseguente limitazione della libertà di scelta dei consumatori.

Sotto il primo profilo, invece, va segnalato che la piena realizzazione del regime di libera concorrenza, auspicato dai Trattati, incontra talvolta alcune resistenze, dovute probabilmente a tendenze interventiste che ancora oggi caratterizzano la politica economica italiana. Si pensi alle problematiche connesse alla *golden share*, istituito sorto a seguito del fenomeno delle privatizzazioni, mediante il quale il Governo può esercitare speciali poteri in sede di indirizzo e scelte strategiche di imprese che operano in alcuni settori economici ritenuti importanti per gli interessi dello Stato, quali, ad esempio, la difesa, le telecomunicazioni, i trasporti e l'energia. Detto fenomeno è stato fortemente avversato dall'Unione Europea, in quanto confliggente con i principi posti a fondamento del mercato concorrenziale, dal momento che esso introduce all'interno dei meccanismi propri del diritto privato societario un elemento estraneo, idoneo ad alterarne il funzionamento.

**9. Trasparenza del mercato e tutela del consumatore** — Le regole che governano i mercati dei singoli beni vengono a caratterizzarli e differenziarli in base alle esigenze emergenti nell'uno o nell'altro settore, in modo che gli operatori che decidono di entrarvi siano posti in grado di conoscere quali comportamenti dovranno tenere e possano attendere i comportamenti degli altri soggetti con i quali entreranno in contatto: la norma consente, cioè, la prevedibilità dell'agire.

Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che tutti i protagonisti della competizione, imprenditori e consumatori, possano ricevere tutte le informazioni necessarie, relative sia agli altri concorrenti che alle contrattazioni che hanno luogo nel mercato, ossia è necessario che il mercato sia trasparente: la mancata conoscenza delle relazioni economiche che si svolgono nel mercato in cui si entra, in qualità di venditore o di compratore che sia, può facilmente determinare, e in generale determina, disfunzioni nell'incontro tra la domanda e l'offerta.

Nel modello di mercato concorrenziale, perfettamente funzionante, la tra-

sparenza opera, pertanto, quale condizione imprescindibile per il corretto svolgimento della gara.

Il discorso si complica se si ha riguardo alla situazione reale e alle dimensioni raggiunte dai moderni mercati, nei quali l'abbattimento delle barriere spaziali ha comportato una duplice conseguenza: da un lato, il dilatarsi dello spazio economico con il conseguente moltiplicarsi del numero dei partecipanti, effetto da considerarsi positivo in vista della realizzazione dello schema ideale di mercato concorrenziale; dall'altro, l'enorme difficoltà per i potenziali operatori di acquisire tutte le informazioni che riguardano gli scambi del settore cui si intende accedere.

La necessità di garantire la condizione della trasparenza nell'attuale sistema economico, scaturisce dal disorientamento dei consumatori nel confronto tra le caratteristiche dei prodotti ed i relativi trattamenti giuridici per conseguirli, giacché esso non si fonda più soltanto sul criterio discretivo tradizionale del prezzo e sulle diverse tecniche di produzione utilizzate, ma anche e, forse, soprattutto, sulla valutazione dei differenti « pacchetti » di norme giuridiche inserite nei testi contrattuali, predisposti dagli imprenditori concorrenti in virtù dell'autonomia negoziale. Ed allora, una scelta consapevole necessita di essere supportata dall'acquisizione di ulteriori e maggiori informazioni. Il problema del corretto funzionamento del mercato si traduce, pertanto, anche in un problema di informazione.

Le cc.dd. asimmetrie informative, i cui effetti negativi sono riscontrabili in tutte le fasi del ciclo economico, riguardano in modo particolare la fase conclusiva, ovvero i rapporti tra i consumatori finali dei beni e servizi e gli intermediari che li offrono, comportando un problema di squilibrio nella posizione delle parti e nel loro potere contrattuale.

Il tentativo di ripristinare la condizione della trasparenza ha condotto ad una rimediazione degli strumenti utilizzati nello svolgimento delle relazioni economiche e ad una riformulazione delle regole contrattuali che costituiscono la struttura portante dell'istituzione mercato

nella società post-industriale. Il legislatore ha scelto, pertanto, di seguire la strada della riforma della disciplina del contratto, quale strumento dell'autonomia negoziale. In particolare, l'intervento si è concretizzato nella imposizione di doveri di informazione a carico del predisponente (professionista) nei confronti di colui che sottoscrive il contratto (si pensi al larghissimo uso dei « prospetti informativi » nelle leggi che si riferiscono alle operazioni finanziarie ed alla tutela dei risparmiatori, nonché alla materia della pubblicità ingannevole, alle vendite porta a porta o, ancora, ai « viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso »).

L'adempimento di tali doveri si realizzerebbe nella fase di predisposizione del testo contrattuale, attraverso l'adozione di una uniforme griglia di clausole, il cui contenuto può essere fissato dal predisponente in assoluta libertà e risulta quindi variabile, nel pieno rispetto del principio dell'autonomia privata: esso altererebbe, cioè, al profilo della struttura del contratto e, segnatamente, al requisito della forma.

L'uso di schemi uniformi per tutti gli operatori economici di un determinato settore rientra nell'ambito del processo di oggettivazione degli atti e comportamenti dei soggetti economici, nel tentativo di facilitare e snellire il funzionamento dei meccanismi del mercato concorrenziale.

La disfunzione dovuta alla carenza di un'adeguata informazione dei consumatori al fine di compiere una scelta consapevole, svolge i suoi effetti negativi sul mercato sotto un duplice profilo: da un lato, essa altera il meccanismo dello schema concorrenziale pregiudicando gli interessi dei concorrenti, dall'altro pregiudica in via immediata l'interesse del pubblico dei consumatori a manifestare le proprie preferenze disponendo di tutti i metri di giudizio necessari a tal fine, cioè sia quelli relativi alla qualità dei beni (*factual informations*), sia quelli relativi alla qualità dei contratti (*legal informations*).

Ne consegue che, attraverso una disciplina volta a tutelare il consumatore in via diretta, incidendo sul regime dei contratti che egli sottoscrive, si realizza nel contempo la finalità per la quale è isti-

tuito il « gioco » della concorrenza, ovvero l'aggiudicazione della più alta quota di mercato per gli imprenditori più meritevoli. Il che equivale a dire che la tutela del consumatore, oltre a costituire uno degli scopi primari che il legislatore comunitario si propone di raggiungere, è anche un valido mezzo per lasciare emergere sul mercato « i più degni economicamente ».

Ecco, allora, che « concorrenza delle imprese e preferenza dei consumatori sono lati dello stesso fenomeno ».

**10. Il diritto del mercato tra « atto civile », « atto di commercio » e « atto di consumo »** — Le considerazioni sopra svolte impongono di prendere coscienza dell'affermarsi di un nuovo diritto del mercato, determinato dalla pressione esercitata dalla legislazione comunitaria e rispondente a logiche che vanno oltre l'elementarità dello scambio individuale.

Sotto tale spinta si assiste ad un fenomeno esattamente inverso al processo di commercializzazione del diritto privato, che condusse all'unificazione del diritto civile e commerciale nell'unico codice del 1942, sull'impulso della rivoluzione industriale, nella considerazione che gli « atti di commercio » fossero entrati nella quotidianità degli scambi. L'emersione di principi ignoti al codice civile, idonei a fondare un nuovo diritto dei rapporti commerciali, segna il « ritorno » alla separazione tra diritto civile e diritto commerciale, mai abbandonata, peraltro, nelle esperienze giuridiche di altri Paesi europei quali la Francia e la Spagna. Gli scambi che appartengono al mercato sono, infatti, improntati ad una logica completamente diversa da quella individualista che presiede allo svolgimento del rapporto contrattuale, così come delineato nel codice civile. Il « consumatore » è un soggetto anonimo, senza un volto ed un nome, l'acquisto della merce esposta sugli scaffali di un centro commerciale poco o nulla ha in comune con il contratto negoziato tra soggetti dialoganti, che si incontrano e discutono il contenuto delle singole clausole.

Dunque, masse di consumatori che si contrappongono ad imprese multina-

zionali: nel mercato sembra non esservi più spazio per gli accordi individuali, che pure continuano a far parte, per altri versi, del nostro vivere quotidiano, affidati alla solida struttura del codice civile e da questa custoditi premurosamente.

Il problema che si pone al giurista contemporaneo è allora quello di individuare il nucleo fondamentale di principi intorno al quale si raccolgono le nuove categorie contrattuali. A ben vedere, il percorso seguito nell'elaborazione del nuovo diritto dei contratti commerciali si muove su due direttrici, l'una rivolta a conferire un nuovo ordine ai mercati finali dei prodotti di consumo, l'altra a disciplinare le relazioni tra imprese, sia che rivestano carattere commerciale, come la fornitura o lo scambio di beni e servizi, sia che si riferiscano ad operazioni di tipo diverso, ad esempio investimenti, concessioni, servizi legali etc.

Tuttavia, nell'attuale sistema economico, come accennato, l'«atto di consumo» assume una rilevanza centrale e trainante rispetto agli altri rapporti che hanno luogo nel mercato. In ordine alla conformazione dei mercati finali, il fattore caratterizzante sembra essere offerto dalla qualifica di «consumatore» attribuita ad una delle parti del contratto: la relativa definizione apre, infatti, le porte di un mondo fino a qualche tempo fa ignorato dal nostro codice civile.

In verità, allora, piuttosto che tra «atto civile» e «atto di commercio», la contrapposizione andrebbe oggi posta tra «atto civile» e «atto di consumo», in quanto, come sopra accennato, l'attuale sistema capitalistico post-industriale si muove in funzione del consumare. I consociati si trovano, infatti, ad essere destinatari di norme che riguardano, per un verso, il loro agire nelle relazioni giuridiche private e, per l'altro, il loro comportamento quali soggetti del mercato, ovvero consumatori.

Nell'ambito del processo di progressiva separazione tra le discipline destinate a regolare i rapporti civili e gli atti di consumo, si inserisce a pieno titolo il Codice del consumo, emanato attraverso il d. lg. del 6 settembre 2005 n. 206, a norma dell'art. 7 della L. 29 luglio 2003 n. 229, con il quale il legislatore ha prov-

veduto a raccogliere in un testo unico tutte le disposizioni emanate negli anni, specialmente in attuazione delle direttive comunitarie, che gravitano intorno alla figura del consumatore, quale soggetto debole nelle contrattazioni di massa.

**11. Il «diritto uniforme» del mercato** — Se nel diritto privato interno si assiste alla separazione tra diritto civile e diritto commerciale, sotto il diverso angolo di osservazione del diritto comunitario, si assiste, invece, ai diversi fenomeni della «unificazione», per così dire, «orizzontale» delle discipline nazionali relative al medesimo settore del mercato, e nello stesso tempo, della «frammentazione» del mercato in vari segmenti, ciascuno retto da una disciplina diversa; fenomeni che corrispondono alla «globalizzazione» e, per converso, alla «specializzazione» dell'economia.

Sotto il profilo della unificazione dei diritti nazionali, fondamentale è la norma contenuta nell'art. 3 del Trattato CE, che prevede il «ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune», in base alla quale vengono attuate nel diritto interno le normative comunitarie. La formazione di un diritto privato uniforme avviene, inoltre, attraverso lo strumento delle convenzioni tra gli Stati, tra le quali spicca, ad esempio, la Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili.

All'esigenza di semplificazione e di ordine, nell'ambito del processo di unificazione del diritto commerciale contrattuale dei vari Paesi, rispondono numerose iniziative promosse da organismi sovranazionali, tra cui il più importante è l'Unidroit (Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato), organizzazione intergovernativa deputata proprio all'elaborazione di principi e modelli normativi uniformi, quale risultato di approfonditi studi comparatistici. Tra i principi elaborati dal suddetto istituto, una particolare rilevanza assumono quelli sui contratti commerciali internazionali, che costituiscono un punto di riferimento sia per i giudici che per gli arbitri e gli altri operatori del diritto in ambito internazio-



nale. Al medesimo scopo di promuovere obiettivi di sviluppo e coesione economica, nell'applicazione di un diritto uniforme mira, altresì, l'Organizzazione Mondiale del Commercio del 1994 (che ha sostituito l'organismo nato nel 1947 dall'Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio, più noto come GATT), con la finalità di favorire politiche economiche omogenee.

Sul piano, invece, delle iniziative private, merita un richiamo particolare la *European Contract Law Commission*, più nota come *Commissione Lando*, dal nome del suo presidente, volta ad elaborare principi di carattere generale, ma in grado di consentire una disciplina differenziata secondo gli ambiti in cui essi sono destinati ad operare.

Allo stato della legislazione attuale, non si può ancora parlare di un diritto comune, ma è pur vero, come correttamente osservato, che il nostro diritto privato è già un diritto privato europeo, nato da un sistema integrato di fonti, in un processo di armonizzazione di sistemi che esigono di coordinarsi, al fine di realizzare diritti omologhi, anche se non necessariamente identici.

MARIA BARELA

#### Bibliografia essenziale.

- Av.Vv., *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, Torino, 2006, p. 253 ss.; ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 81; Id., *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr. eur.*, 1996, p. 316 ss.; ASCARELLI T., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 875 ss.; Id., *Natura e posizione del diritto commerciale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 131; AULETTA G., *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, in *Quad. giur. comm.*, n. 54, Milano, 1984; BARBA A., *Consumo e sviluppo della persona*, in A. Barba (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, p. 345 ss.; BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 125; BARENGHI A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, Napoli, 1996, p. 15 ss.; BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 808; BONELL M.J. e BONELLI F. (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997; BONELL M.J., *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 935 ss.; BUCHANAN J.M., BRENNAN G., *La ragione delle regole*, Milano, 1991, p. 32; BUCHANAN J., *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 2006; CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995; CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 523 ss.; CROCE B., EINAUDI L., *Liberismo e liberalismo*, in P. Solari (a cura di), Milano-Napoli, 1988, p. 154-175; DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 19; DI NELLA L., *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in Av.Vv., *Diritto ed economia - Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999, p. 171 ss.; FALZEA A., *Effettività del diritto europeo*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 16 ss.; FELICE F., *Persona, impresa e mercato*, Roma, 2010; FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione a tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 167; FERRI G., *La « cultura » del contratto e le strutture del mercato*, in N. Lipari, (a cura di), *op. cit.*, Napoli, 1998, p. 164 ss.; GALGANO F., *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007; Id., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 21; GAMBARO A., « *lura et leges* » nel processo di codificazione del diritto privato europeo, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 905; GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.; GUARINO G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in Av.Vv., *La costituzione economica*, Padova, 1997, p. 40 ss.; GUERRERA F., *Contratto e mercato*, in *Quad. giur. impr.*, n. 2, p. 29; HAYEK F.A. VON, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* (1968), ora in Id., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, trad. it., Roma, 1988, p. 83 ss.; HONDIUS E., *Toward a European Civil Code. General Introduction*, in Aa.Vv., *Toward a European Civil Code*, 1994; IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 63 ss.; Id., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, p. 65 ss.; Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003; Id., *Norma e luoghi Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001; Id., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim.*, 2001, p. 700; Kelsen H., *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. R. Treves, Torino, 1956, p. 15 ss.; KEYNES J.M., *La fine del « laissez faire »*, Torino, 1991, p. 19 ss.; LANDO O., *L'unificazione del diritto privato europeo in materia di contratto: sviluppo graduale o codificazione*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei con-*

- tratti, Padova, 1999, p. 873 ss.; LEFF, *Unconsciousness and the Code: the Emperor's New Clothes*, in 115 *Pennsylvania Law Rev.*, 1967, p. 485; LEGRAND P., *Against a European Civil Code*, in 60 *MLR* 44, 1997; LIBONATI B., *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Padova, 1998, p. 321; LIPARI N., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim.*, 2000, I, p. 16 ss.; Id., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 21 ss.; Id., *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, p. 64; MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim.*, 2001, I, p. 1; Id., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma, 1993; Id., *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in L. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 23; MERUSI F., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2010; MUSCOLINO S., *Persona e mercato: i liberismi di Rosmini e Hayek a confronto*, Soveria Mannelli, 2010; OPPO G., *L'iniziativa economica*, in Av.Vv., *La costituzione economica a quarant'anni dalla Carta fondamentale*, Milano, 1990; PACE A., *Libertà "del mercato" e "nel mercato"*, in Av.Vv., *La costituzione economica*, cit., p. 123; PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 24 ss.; Id., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 33 ss.; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 56; POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 3 ss.; RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, p. 21 ss.; ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006; SACCO R., voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 6 ss.; SCANNICCHIO N., *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, p. 65; SEVERINO E., *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, p. 60; SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, 1776; SPIRITO U., *Scienza e tecnica nel mondo d'oggi* (1962), in Id., *Nuovo umanesimo*, Roma, 1964, p. 49; VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009; ZENO-ZENCOVICH V., *Il « codice civile europeo », le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, cit., p. 805; Id., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 1255 ss.; ZOPPINI A., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010.