
Rassegna di diritto civile

diretta da Pietro Perlingieri

Poste Italiane s.p.a. - Spediziane in A.P. - D.L. 35/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli

Edizioni Scientifiche Italiane

9904405000

Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone, 7
Finito di stampare nel mese di dicembre 2004 da «La Buona Stampa» s.p.a., Ercolano

ISSN 0393-182X

Imprimé à taxe réduite - taxe perçue - taxa riscossa
Napoli - Italie

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale
diretta da Pietro Perlingieri

edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione
in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di
Studi giuridici, politici e sociali «Persona, Mercato e Istituzioni» del-
l'Università degli Studi del Sannio

Coordinamento: MAURO PENNASILICO, FRANCESCO SBORDONE, ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI, FRANCESCA CARIMINI, CAMILLA CREA e ANNA MALOMO

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: GIUSEPPE SELO

Segreteria di redazione: CAROLINA PERLINGIERI e GIOVANNI PERLINGIERI

I lavori pubblicati in questo numero sono di: M. BARELA, dott. ricerca univ. Camerino; G. CHIARINI, dottorando univ. Urbino; F. CIPRIANI, ord. dir. proc. civ. univ. Bari; V. CORRIERO, dottoranda univ. Bari; V. CUFFARO, straord. dir. priv. univ. Firenze; S. DELLE MONACHE, straord. dir. priv. univ. Udine; E. GABRIELLI, ord. dir. civ. univ. Roma «Tor Vergata»; P. LIBERANOME, dottoranda univ. Molise; B. MANGREDONIA, dottoranda univ. Bari; P. PERLINGIERI, ord. dir. civ. univ. Sannio; D. RUSSO, dott. ricerca univ. Roma «La Sapienza».

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione
delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano

Tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Periodico esonerato da B.A.M. art. 4, comma 1, n. 6, D.P.R. 6 ottobre 1978, n. 627.

La Buona Stampa s.p.a., 80056 Ercolano (Na), via Cozzolino 86.

Gli eventuali errori o imprecisioni presenti nell'opera non comportano responsabilità dell'Editore e del Curatore, che hanno posto, comunque, la massima cura nell'elaborazione dei testi e nella riproduzione dei documenti.

Indice analitico del 4° numero

SAGGI

- 909 MARIA BARELA, Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli
979 FRANCO CIPRIANI, Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritto d'impugnare
998 VALERIA CORRIERO, *Privacy* del minore e potestà dei genitori
1034 VINCENZO CUFFARO, Garanzia del locatore e autonomia delle parti
1044 ENRICO GABRIELLI, Mercato, contratto e operazione economica
1061 PIETRO PERLINGIERI, La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento
1088 DOMENICO RUSSO, Giustizia del contratto e sindacato giudiziale

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 1106 PAOLA LIBERANOME, L'azione di disconoscimento di paternità e la fecondazione artificiale eterologa nel modello inglese

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 1115 GABRIELE CHIARINI, La Consulta e l'interpretazione autentica della legge sull'usura (l'ultimo saluto all'usurarietà sopravvenuta)
1149 PIETRO PERLINGIERI, Equità e ordinamento giuridico

PARERI

- 1155 STEFANO DELLE MONACHE, Sottrazione di opere d'arte in tempo di guerra e modi di acquisto a titolo originario della proprietà

OSSERVATORIO LEGISLATIVO

- 1171 BENEDETTA MANFREDONIA, I servizi finanziari *online* e la tutela del consumatore "telematico"

Teoria della concorrenza e libertà del consumatore:
l'insegnamento di Tullio Ascarelli

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'evoluzione del concetto di mercato tra le riflessioni ascarelliane e le attuali scelte di sistema. - 3. Il delinearsi del ruolo del consumatore nel mercato. - 4. La nozione di concorrenza e gli strumenti per l'attuazione del corretto funzionamento del mercato concorrenziale. L'informazione quale condizione essenziale. - 5. Dalla disciplina dell'atto alla disciplina dell'attività: la pubblicità commerciale. - 6. Normativa *antitrust* e tutela del consumatore: dal progetto ascarelliano alla legge 90/287. - 7. La strutturazione del mercato attraverso la legislazione consumeristica: a) la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281). - 8. *Segue: b)* la disciplina delle clausole vessatorie (l. 6 febbraio 1996, n. 52). - 9. L'emersione di nuove categorie contrattuali e l'attuale crisi del diritto privato. - 10. 'Atto civile', 'atto di commercio' e 'atto di consumo': il 'tramonto' della logica individualista e le contrattazioni di massa. L'intuizione di Ascarelli. - 11. L'insegnamento di Ascarelli tra diritto del mercato e metodologia giuridica. - 12. Il diritto europeo dei contratti e la funzione del giurista contemporaneo.

1. Il tema della concorrenza e della disciplina giuridica del mercato evoca immediatamente il nome di Tullio Ascarelli, la cui opera continua ad essere a distanza di quasi mezzo secolo dalla sua scomparsa, un insostituibile punto di riferimento nella materia del diritto commerciale così come negli altri campi attraversati dalla sua indagine¹.

¹ Il pensiero di Ascarelli è stato oggetto di intensa riflessione da parte di autorevoli studiosi: F. MESSINEO, *Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, p. LV; A. ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, *ivi*, p. LXXI; ID., *Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 997; N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., I, p. XIX; G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, *ivi*, p. CXLI; P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Padova, 1998, p. 303; B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, *ivi*, p. 303. Sul rapporto tra diritto ed economia nel pensiero di Ascarelli, v. V. PESCATORE, *Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni o della forma giuridica e del contenuto economico*, in N. IRTI (a cura di),

Lo sguardo precorritore di Ascarelli si volge, infatti, all'elaborazione di una teoria della concorrenza, che costituisce il fulcro di un sistema ove si raccolgono e si coordinano vari istituti del diritto commerciale e del diritto industriale, nell'ottica di un equilibrato sviluppo economico, ove l'interesse dell'imprenditore alla probabilità di guadagno si lega all'interesse del consumatore, in un quadro unitario, frutto di una riflessione profonda e di una ricerca inesauribile.

Lo studio della storia dell'economia e l'inquadramento del diritto commerciale come categoria storica e non logica consentono ad Ascarelli di "intuire" quali sarebbero stati i futuri sviluppi del diritto commerciale ed in quale direzione sarebbe mutato lo scenario politico-economico nazionale ed internazionale.

La sua riflessione si indirizza, inoltre, verso la nascente Comunità Economica Europea, nel cui ambito vanno inquadrati i problemi posti dalla lotta concorrenziale e dal diritto industriale, muovendo da un esame analitico dei casi specifici per volgere «all'elaborazione di principi direttivi, particolarmente necessari nei confronti di una disciplina che immediatamente si collega con lo sviluppo economico del Paese»². Quei principi direttivi, capaci di fondare il superamento dei sistemi capitalistici nazionali in sistemi capitalistici sovranazionali³, si traducono nel dominio dell'iniziativa economica e nello svolgimento dell'attività economica in ragione di concorrenza. È allora sufficiente un semplice sguardo ai Trattati europei per rendersi conto della straordinarietà del messaggio ascarelliano, il cui spirito si ritrova facilmente nei principi nati dagli accordi interstatuali, che stabiliscono le linee direttrici da seguire per creare «uno spazio senza frontiere interne», sulla base del rafforzamento del principio della concorrenza.

Ciò che si vuole evidenziare è come le teorie ascarelliane abbiano trovato riscontro nei successivi sviluppi del diritto commerciale, interno ed internazionale e come, dunque, il "dialogo" instaurato dal no-

Diritto ed economia, Padova, 1999, p. 229; sul tema dell'interpretazione del diritto, da ultimo, F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999.

² T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, 1960, p. VII.

³ Cfr. G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit., p. CLII.

stro Autore con il legislatore e sviluppatosi specialmente dopo la sua scomparsa, continui tuttora a dare i suoi frutti⁴.

Attraverso l'esame dei principi che ispirano le principali normative di fonte comunitaria, è facile osservare, infatti, come il corretto funzionamento del mercato concorrenziale, inteso a «promuovere lo sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e protezione sociale, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici» (art. 2 Tratt. CE), possa attuarsi soltanto mediante una disciplina che, ruotando intorno al fondamentale principio della concorrenza, sia diretta a rafforzare la posizione dei consumatori fornendo loro gli strumenti necessari per acquisire una rinnovata consapevolezza del loro ruolo di 'arbitri del mercato', secondo la visione ascarelliana.

La realizzazione di tale obiettivo, tuttavia, deve necessariamente passare attraverso il superamento dei problemi posti dall'applicazione di una quantità indefinita di norme, a volte confliggenti tra loro, e dalla enorme dilatazione dello spazio economico, ciò che comporta gravi disfunzioni nel funzionamento del meccanismo concorrenziale.

Adottando la prospettiva ascarelliana, attraverso l'indagine della situazione legislativa attuale si può allora tentare di individuare quale "ideologia" attenda alla costruzione del sistema giuridico-economico nel periodo contemporaneo del diritto commerciale, definito come quello della società post-industriale e caratterizzato dal concetto di *consumo*, motore dell'universo delle relazioni che si svolgono nello spazio economico destinato agli scambi: la prospettiva è quella del capitalismo maturo, dominato dall'interesse alla liberalizzazione e improntato al principio dell'economia di mercato, ovvero alla tutela del principio della concorrenza tra le imprese.

Ebbene, la prospettiva storicistica adottata da Ascarelli nello studio del diritto dell'economia può certamente illuminare l'indagine intesa ad individuare quel «complesso di tesi teoriche e di scelte valutative», sul quale si fonda l'attuale sistema giuridico-economico⁵ e

⁴ Cf. B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, cit., p. 566.

⁵ Si veda N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim.*, 2000, p. 435, il quale evidenzia come l'anti-politicità e il naturalismo sostenuti dalla tecnocrazia degli "esperti" economisti costituiscano, a loro volta, la scelta politico-ideologica posta a fondamento dell'odierno capitalismo.

può consentire di indagare se vi sia spazio per una rinnovata distinzione tra “rapporti civili” e “rapporti commerciali”, in un processo inverso alla c.d. *commercializzazione* del diritto privato, che, conclusasi nel 1942 con l'unificazione dei codici, apparve ai giuristi del tempo, tra cui Ascarelli, come una faticosa conquista.

A tal fine, è necessario altresì indagare se la nozione di “consumatore” nel sistema attuale sia in grado di fondare un nuovo ordine di contratti, diverso da quello cui si riferiscono le norme del nostro codice civile, e chiarire quale sia l'atteggiamento che il giurista deve assumere nei confronti degli interrogativi posti dalle nuove discipline contrattuali per la costruzione di un nuovo sistema giuridico, laddove viene in aiuto, illuminante come sempre, la pagina di Tullio Ascarelli.

2. Per realizzare le finalità previste dai Trattati europei si è reso necessario un processo di adeguamento e “ristrutturazione”, tuttora in corso, delle discipline giuridico-economiche presenti all'interno dei singoli ordinamenti. Tale processo ruota intorno alle due figure fondamentali dell'*impresa* e del *consumatore*, nonché allo strumento da esse utilizzato nello svolgimento dei loro rapporti, ossia il *contratto*. Quest'ultimo, come vedremo, in quanto mezzo di attuazione dei complessi meccanismi che muovono il mercato, assume, tuttavia, una valenza del tutto diversa da quella ad esso attribuita dalle norme del codice civile, che lo pongono al centro dell'universo dei rapporti tra privati⁶.

⁶ Va ricordata, a questo proposito, la importantissima funzione attribuita da Ascarelli al contratto, con riferimento alla disciplina del mercato e della concorrenza, quale massima espressione dell'autonomia negoziale, strumento fondamentale per lo svolgimento dei rapporti nello spazio economico. In particolare, egli ne evidenzia l'importanza quale mezzo utilizzato per costituire gruppi e categorie organizzate e autodisciplinate, sia pure nell'ambito delineato dalle norme statali in materia, volte non solo a stabilire la liceità degli accordi, ma a garantire altresì il benessere economico della Nazione e la tutela dell'interesse dei consumatori. Egli afferma al riguardo che «per valutare l'importanza del fenomeno in esame bisogna porre mente non a quella patologia giuridica che dà luogo alle liti giudiziarie, ma alla disciplina spontaneamente osservata dalle parti nel regolamento dei propri rapporti economici. È perciò che il problema dei consorzi è uno tra i più gravi del diritto commerciale moderno che, attraverso l'elaborazione di norme adeguate, deve giungere a disciplinare uno strumento giuridico che l'ormai sempre più frequente ricorso nazionale ed internazionale ai cartelli ed ai consorzi, mostra come uno dei più caratteristici per il regolamento dei rapporti economici della vita moderna» (T.

Nel riprendere il metodo ascarelliano, secondo il quale l'indagine del giurista deve svolgersi alla luce delle «situazioni storiche, storicamente determinate»⁷ al fine di individuare correttamente le attuali strutture portanti di quella complessa costruzione economico-giuridica che è il mercato, si rende necessario disegnare a grandi linee l'evoluzione della normativa e della politica economica comunitaria nel cinquantennio che ci divide dagli scritti del nostro Autore⁸.

È opportuno ricordare come il nucleo essenziale della disciplina della concorrenza a livello comunitario sia costituito dai principi contenuti negli artt. 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, il quale ha certamente segnato l'inizio di una nuova epoca nella storia del diritto commerciale⁹. Una volta effettuata la scelta economi-

ASCARELLI, *I consorzi volontari tra imprenditori*, Milano, 1937, p. 58). Una disciplina, dunque, incentrata prevalentemente sul potere di autoregolamentazione dei privati, considerati tuttavia non come singoli individui, ma come gruppo, ovvero "categoria".

Sull'origine del contratto plurilaterale, nel quale rientrano gli accordi volti a disciplinare la concorrenza e/o a costituire consorzi tra imprenditori, si veda A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, in corso di stampa in *Studi in onore di Ugo Majello*, laddove si osserva come la giurisprudenza dei primi del '900 non qualificò tali accordi individuandone la natura giuridica, ma si limitò semplicemente a fornire una definizione negativa, escludendo che essi possano farsi risalire al contratto di società e collocandoli così nell'ambito dei contratti atipici.

⁷ Si veda, sul punto, T. ASCARELLI, *Natura e posizione del diritto commerciale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 131, laddove l'Autore afferma: «dobbiamo preoccuparci non di un determinato diritto positivo, ma del complesso dei diritti positivi e cercare di renderci ragione simultaneamente vuoi della distinzione, vuoi della sua diversità nei vari diritti e nelle varie epoche e cioè del diverso ambito del diritto commerciale nei vari diritti e nelle varie epoche storiche del diritto di uno stesso paese, vuoi della eventuale sua mancanza». Tale metodo d'indagine conduce Ascarelli a ritenere che, per distinguere il diritto commerciale dagli altri rami del diritto oggettivo ed indagarne la natura, non sia possibile individuare un criterio unificatore formale, atto a determinare le caratteristiche proprie di tale disciplina, data l'eterogeneità delle norme ad essa riconducibili, ma che, invece, al diritto commerciale possa essere riconosciuta una propria autonomia solo se riguardato come categoria storica.

⁸ Sull'evoluzione storica del concetto di concorrenza, v. R. FRANCESCHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, spec. p. 255 ss.

⁹ Come è noto il Trattato sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, trae origine dalla necessità in cui versavano gli Stati europei di ricostruire l'economia dopo il secondo conflitto mondiale nonché dalla necessità di creare nuovi mercati per le esportazioni statunitensi («piano Marshall»), attraverso la progressiva liberalizzazione degli scambi commerciali internazionali. Si vedano sul punto A. ALBONETTI, *Preisto-*

co-politica di adottare una normativa ispirata al principio della libera iniziativa di mercato, infatti, si imponeva la necessità di garantire la libera concorrenza tra le imprese; a tal fine, in assenza di un adeguato modello europeo cui fare riferimento, il Trattato ha assunto quale esempio l'esperienza statunitense, in cui era già presente una legislazione antimopolistica diretta a tutelare il mercato concorrenziale.

Si è giunti così alla previsione del divieto di accordi «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune». Non si è trattato, tuttavia, di una generale presa di posizione contro tutte le intese di carattere economico, delle quali, anzi, è riconosciuto il pregio laddove esse «contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico»¹⁰. Al divieto di intese, nei termini indicati, ha fatto riscontro il «divieto, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, dello sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o di una parte sostanziale di questo»¹¹.

Non è chi non veda come tali principi, frutto di accordi interstatuali, rispecchino fedelmente il modello di mercato per il quale Ascarelli aveva combattuto con forza, e che, se fosse stato accolto all'epoca in cui era stato proposto, avrebbe certamente condotto l'ordinamento giuridico italiano ad una posizione di avanguardia tra gli Stati europei.

In particolare, Ascarelli rilevava come, in seguito alle profonde trasformazioni economiche intervenute nei primi decenni del ventesimo secolo, il fenomeno delle intese tra imprenditori avesse assunto proporzioni tali da richiedere un nuovo intervento del legislatore che non si limitasse a liquidare il problema con una semplice dichiarazione di illiceità, ma che, invece, in considerazione dell'importanza assunta da questi accordi, fosse volto «a regolarli nel prevalente interesse dell'economia nazionale e ciò con tanta maggior cura quanto più frequenti ed economicamente rilevanti sono queste formazioni»¹². I cartelli,

ria degli Stati Uniti d'Europa, 2ª ed., Milano, 1964, p. 15 ss.; F. TORTORA, *Origine ed evoluzione dei trattati comunitari*, Milano, 1968, p. 18 ss.

¹⁰ Art. 85 Tratt. CE (ora art. 81, dopo le modifiche ad opera dei successivi Trattati).

¹¹ Art. 86 Tratt. CE (ora 82).

¹² T. ASCARELLI, *Note preliminari sulle intese industriali*, Roma, 1933, p. 7.

cioè, avrebbero dovuto costituire oggetto di un'apposita disciplina da parte del legislatore, volta ad evitare alterazioni del meccanismo concorrenziale e l'eventuale rischio di creazione di monopoli o di quasi-monopoli di fatto: un'adeguata regolamentazione avrebbe dovuto, infatti, consentire che esse svolgessero effetti benefici sul mercato nazionale, attraverso un'attività di controllo demandata ad appositi organi¹³.

Ebbene, gli spunti offerti da Ascarelli hanno trovato concretezza nei principi-guida adottati dalla Comunità europea, in base ai quali è stata intrapresa un'attività legislativa volta a disciplinare in modo puntuale il fenomeno delle intese tra imprenditori, nel conseguimento di obiettivi sempre più ambiziosi con riguardo all'instaurazione ed al funzionamento del mercato europeo.

Un primo passo verso la realizzazione del programma di politica economica comunitaria è stato fatto con l'introduzione del c.d. principio del mutuo riconoscimento, volto a facilitare gli scambi e la circolazione di merci, capitali, persone e servizi all'interno della Comunità

¹³ Ascarelli muove dal presupposto della liceità dei contratti di consorzio, sul fondamento della più generale liceità dei contratti di concorrenza nel nostro ordinamento (si vedano la l. 16 giugno 1932 ed il r.d.l. 16 aprile 1936 che disciplinano i consorzi), il che non vuol dire però che l'illiceità non possa riguardare, in concreto, singoli contratti di consorzio oppure singole clausole. L'idea di Ascarelli appare, dunque, quella di ammettere non solo la liceità dei contratti di cartello, ma di considerarli anche positivi per lo sviluppo dell'economia nazionale, nei limiti, s'intende, in cui essi dettino una disciplina compatibile ed, anzi, favorevole alla realizzazione dell'interesse generale dei consumatori e della Nazione, attraverso la conclusione di contratti normativi tra i rappresentanti delle diverse categorie interessate. «La disciplina del commercio e della produzione, alla quale sono venuto accennando (quella che si svolge attraverso i consorzi) risponde ad una esigenza vivamente sentita della nostra economia e realizza indubbiamente dei grandi vantaggi ed è perciò principio sicuro quello della liceità in linea generale dei cartelli e dei consorzi. D'altro canto però essa può sfociare nella creazione di monopoli di fatto di fronte ai quali s'impone il problema della tutela del consumatore»: da qui l'esigenza di una «disciplina legislativa più sicura e precisa» (T. ASCARELLI, *La disciplina della concorrenza*, in *Appunti di diritto commerciale*, 3ª ed., Roma, 1936, p. 387).

Si veda, sul punto, A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, cit., p. 25, il quale evidenzia come anche la giurisprudenza dell'epoca ritenesse lecita la causa dei contratti di concorrenza, non ravvisando in essi alcuna forma di contrarietà alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, in considerazione della «legittimità dell'esercizio del potere» di stipulare accordi, senza porsi il problema della «funzione» che il potere legittimamente esercitato tende a realizzare.

europea, per consentire la migliore apertura dei mercati nazionali al di là delle frontiere dei singoli Stati membri¹⁴.

Tale principio ha operato attraverso un lento processo di restrizione degli interventi del potere centrale nella regolamentazione degli scambi ed ha svolto un ruolo fondamentale nell'abbattimento delle barriere commerciali, nell'ambito del disegno di *deregulation* previsto dall'Atto unico europeo¹⁵, mentre la seconda fase, tuttora in corso, è stata quella dell'armonizzazione positiva degli ordinamenti, mediante interventi legislativi volti ad omogeneizzare la disciplina nei diversi settori¹⁶.

Il programma inteso alla costruzione di un mercato unico ha così seguito un duplice percorso: da un lato l'eliminazione delle barriere che si frapponavano alla libera circolazione all'interno della Comunità, mediante la riduzione della relativa normativa e la fissazione di principi generali; dall'altro, invece, l'emanazione di nuove regole, talvolta puntuali e specifiche, volte a fissare il quadro entro il quale avrebbe avuto luogo la competizione tra le imprese. Quest'ultima fase è caratterizzata dal perseguimento di obiettivi stabiliti principalmente nel Trattato di Maastricht, che ha sostituito l'Unione all'originaria Comunità europea, prevedendo di «promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica»¹⁷. Va rilevato, in proposito che, quando si parla di «spazio senza frontiere interne», non ci si riferisce soltanto ad uno spazio commerciale, ma ad uno spazio «giuridico»¹⁸,

¹⁴ V., sul punto, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, III, Padova, 2003, p. 64.

¹⁵ Firmato l'1 luglio 1987 ed entrato in vigore con l. 23 dicembre 1986, n. 909.

¹⁶ Sull'evoluzione della politica comunitaria dal mercato comune al mercato unico, v. N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, I, cit., p. 29 ss.

¹⁷ Art. 2 Tratt. UE.

¹⁸ La bibliografia sul passaggio dal mercato comune al mercato unico è vastissima. Si veda, per tutti, E. HONDIUS e M. STORME, *European Private Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1993, p. 1 ss.; AA.VV., *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, in Atti del convegno di Macerata, Bari, 1996; v. altresì, N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, cit., p. 35 ss.

secondo la logica ascarelliana dei rapporti tra diritto ed economia, come stiamo per vedere.

L'azione della Comunità europea è stata dunque sorretta, sin dall'inizio, 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 qualora la creazione di un ordine del mercato fosse lasciata al "naturale" e "spontaneo" comporsi delle forze e degli interessi in gioco¹⁹.

Tornano, al riguardo, le pagine ascarelliane di critica alle teorie giusnaturalistiche e la particolare concezione dell'Autore relativa al rapporto tra diritto, economia e politica, laddove il diritto è considerato l'elemento costitutivo della struttura dell'economia in ciascun ordinamento e in ogni periodo storico²⁰. Il radicale mutamento dei principi politici generali comporta dunque immancabilmente il cambiamento della disciplina giuridica dei rapporti economici, che deve necessariamente adeguarsi alla scelta politico-ideologica effettuata²¹: «Questa

¹⁹ Sull'ordine 'spontaneo' vedi la teoria di von Hayek, in cui si contrappongono "cosmos" e "taxis": v. spec. 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*, trad. it., Roma, 1988. Sul rapporto tra diritto ed economia nel pensiero di von Hayek e nella Scuola austriaca, v. M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia*, cit., p. 3 ss.

²⁰ Sul punto v. diffusamente V. PESCATORE, *Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni o della forma giuridica e del contenuto economico*, cit., p. 229 ss.

²¹ Attraverso gli scritti di Ascarelli ci appaiono chiari nella loro portata i fenomeni economico-politici, cui sono connesse le profonde trasformazioni del diritto commerciale nel XX secolo, ed in particolare, il passaggio dal liberismo economico all'amministrazione pubblica dell'economia. «Il secolo XIX aveva 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, quella, quasi potrebbe dirsi, 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 con un meccanismo che li poneva con ciò stesso fuori dalla storia e che tornava a

necessità di trasformazione è tanto più evidente nel diritto commerciale, appunto perché questo disciplina quei settori dell'economia nei quali più vasta è stata la trasformazione dei fatti e in ordine ai quali è stato radicale il mutamento dei principi politici generali»²².

A monte della concezione secondo la quale il diritto costituisce un elemento intrinseco dell'economia, che segue i mutamenti dei principi politici, sta la critica delle teorie giusnaturalistiche e la considerazione che «il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l'interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi con la storia»²³.

Ebbene, se solo si consideri che le premesse per la creazione di un mercato unico sono state individuate dal legislatore nella «strutturazione

farne una manifestazione di ordine universale» (T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 43).

Muovendo dalla premessa della storicità del diritto, egli non pone in netto contrasto tra loro il sistema liberista e quello della pubblica amministrazione dell'economia, individuandone invece il comune denominatore nella loro natura di strumenti di politica economica, utilizzati nei vari periodi storici a seconda delle finalità politiche che si intendono realizzare (ID., *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., pp. 43-44). Sulla stessa linea di pensiero si pone N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 82, il quale, contro le pretese di naturalità del mercato, evidenzia la funzione conformatrice del diritto, che «costruisce e governa, orienta e controlla». L'Autore osserva lucidamente che «non c'è mercato fuori dalla decisione politica e dalla scelta legislativa: anche l'abbandono degli affari al puro gioco degli interessi individuali è una decisione e una scelta»; ID., *Fenomenologia del diritto debole*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001, p. 33 ss. Nello stesso senso, P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 886 ss., il quale sottolinea il legame inscindibile tra diritto ed economia, riconosciuto anche dai giusnaturalisti, i quali sono pur sempre costretti ad invocare l'intervento del legislatore affinché «riconosca» le norme di condotta emergenti e crei meccanismi efficaci per il loro *enforcement*.

²² T. ASCARELLI, *Diritto commerciale e ordinamento corporativo*, in *Appunti di diritto commerciale*, cit., p. 20.

²³ L'analisi del rapporto tra diritto positivo e diritto naturale occupa un posto fondamentale nel pensiero di Ascarelli e viene affrontato specialmente nei suoi studi in tema di interpretazione, che costituiscono una preziosa eredità che egli ci ha tramandato. Suggestivo è al riguardo il riferimento al dialogo tra Antigone e Creonte, figure rappresentative dell'eterna contrapposizione tra «la coscienza individuale che si richiama all'assoluto che sente come divino comando» e la giustificazione della regola sociale «data dalla semplice frequenza della sua osservanza o dall'efficienza della forza che ne assicura una effettiva sanzione» (T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, cit., p. 3).

giuridica» dei singoli mercati²⁴, fondata sul principio della concorrenza, non si può fare a meno di rinvenire in un siffatto orientamento i tratti caratteristici della riflessione ascarelliana in tema di diritto dell'economia. E tuttavia, Ascarelli, pur avvertendo chiaramente le problematiche poste dalla espansione della grande impresa e dalla conseguente stipulazione dei contratti di massa, non poteva certo prevedere gli enormi sviluppi che avrebbe subito il concetto di mercato nella seconda metà del ventesimo secolo, in conseguenza del fenomeno dello spostamento del centro gravitazionale del sistema economico dalla *produzione al consumo*.

A questo riguardo, invero, la prospettiva di indagine appare oggi capovolta rispetto ai tempi in cui Ascarelli assisteva all'affermarsi della

²⁴ Il sistema precedente, frutto delle teorie giusnaturalistiche, 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 delle imposizioni dei soggetti economicamente più forti sul mercato, rispetto ai quali erano destinati a soccombere i c.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. V., sul punto, A. SRAFFA, *La riforma della legislazione commerciale e la funzione dei giuristi*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 1013 ss.

Peraltro, come osserva A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, cit., p. 28, «concorrenza e contratto, concepite nella teoria economica liberista classica, come entità relazionali funzionalmente coerenti, entrano in conflitto nel momento in cui il secondo è chiamato a formalizzare nel giuridico il tramonto della seconda; quando cioè il contratto diventa strumento funzionale alla concentrazione del potere economico con attitudine di influenza sul libero mercato, fattore di limitazione della libertà di concorrenza»; v., anche, ID., *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, cit., III, p. 120. Il naufragio dell'idea di un mercato naturalisticamente inteso, in grado di autodisciplinarsi, travolge, tuttavia, la posizione primaria che le consuetudini avevano acquistato nel sistema delle fonti e le proietta verso gli ultimi gradini della gerarchia. Il loro posto sarà 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.

Sul processo di strutturazione del mercato, v. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 31, il quale rileva che «la novità fondamentale del fenomeno consiste nel fatto che in primo luogo tale processo di strutturazione del mercato [...] è guidato da una "autorità" complessa (le istituzioni comunitarie) dotata di potere legislativo e di potere giurisdizionale» contestualmente alla «crisi che all'interno delle singole esperienze giuridiche nazionali investe le stesse tradizionali regole generali, di ordine prevalentemente giuridico, che sono alla base del mercato (per lo più racchiuse nei codici civili o in quelli commerciali)».

grande impresa, riconoscendone la funzione economica essenziale²⁵. Se, infatti, nel periodo che ha seguito la seconda rivoluzione industriale, e che Ascarelli identificava nel terzo periodo del diritto commerciale²⁶, economisti e giuristi erano concentrati sulla figura dell'*impresa*, successivamente il fenomeno dell'incessante moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati ha imposto all'attenzione degli studiosi un'altra figura, quella del *consumatore*, quale controparte, non solo economica, dell'impresa.

3. 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 di fronte alla difficoltà di conoscere e valutare tutte le caratteristiche e tutti i fattori che incidono sulla convenienza dell'affare rispetto ai propri bisogni²⁷.

L'esigenza di tutelare la «massa dei consumatori» nei confronti della grande impresa, sebbene in termini completamente diversi da quelli attuali, era stata già avvertita da Ascarelli, il quale, sulle orme del suo maestro Cesare Vivante²⁸, aveva inquadrato il problema nell'ambito

²⁵ Egli invitava, infatti, a non dimenticare «l'innegabile funzione positiva assolta dalla grande impresa, la sua necessità di fronte alle esigenze di quell'industrializzazione, che costituisce il cammino fondamentale del progresso economico», ed aggiungeva, «l'indirizzo da seguire a me sembra segnato vuoi dall'evoluzione della legislazione internazionale, vuoi da quanto il nostro Paese ha già accolto in sede internazionale», sottolineando inoltre la necessità dell'emanazione di una disciplina antimonopolistica, che non si concretizzasse, tuttavia, in una legislazione volta a colpire la grande impresa, ma che fosse diretta a colpire le pratiche che «abbiano l'intento (e vedremo se l'intento o anche l'effetto) di dar luogo alla costituzione di monopoli e, in via generale, di restringere la concorrenza», attraverso la sanzione della nullità (T. ASCARELLI, *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in *Problemi giuridici*, II, cit., p. 921 s.).

²⁶ Cfr. T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 7, già in *Riv. it. sc. giur.*, 1952-53, p. 47 ss.

²⁷ Tale problema è stato affrontato, sotto il profilo della pubblicità commerciale, da F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Dir. disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 433.

²⁸ La figura di Cesare Vivante è legata all'ampio dibattito sulla riforma dei codici, che, tra la fine del secolo decimonono e l'inizio del ventesimo, vide coinvolti i

della più ampia questione della necessità storica di utilizzare strumenti di politica economica adeguati alla soluzione dei diversi problemi posti nei vari periodi del diritto commerciale²⁹.

Lo Stato era chiamato ad intervenire in vista della tutela di interessi generali, che erano, da un lato, quello superiore dell'economia nazionale e dall'altro, quello dei consumatori e dei lavoratori «la cui autotutela è praticamente vana ed impossibile di fronte allo strapotere delle grandi imprese che impongono clausole contrattuali finemente elaborate

nomi più autorevoli della dottrina civilistica italiana. Già nei primi anni di vita della prima codificazione italiana in materia di commercio, egli rilevava in una famosa Prolusione i difetti del codice di commercio, auspicando «un ordinamento giuridico più adatto ai rinnovati bisogni» (C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, Prolusione al corso di diritto commerciale nell'Università di Bologna del 1887, in *Riv. it. sc. giur.*, 1887, p. 378 e in *Arch. giur.*, 1887, p. 497; successivamente, sullo stesso argomento, Id., *I difetti sociali del Codice di Commercio*, Prolusione al corso di diritto commerciale, Torino, 1899). Il male peggiore dell'ordinamento allora vigente era individuato nella «posizione privilegiata dei commercianti», emergente dal codice medesimo, mentre il rimedio migliore era rinvenuto nel rafforzamento del principio cooperativo. In questa prospettiva, l'unificazione del diritto privato veniva ad assumere il preciso significato di strumento per la realizzazione del rinnovamento sociale e per l'adeguamento della struttura giuridica dell'economia alla mutata realtà socio-economica, frutto della rivoluzione industriale e dei nuovi principi politici che si andavano affermando. Negli scritti di Vivante si fondono i tratti della tradizionale corrente giusnaturalistica, da un lato, e del solidarismo sociale, dall'altro, e si traducono nella concezione del diritto quale risultato della prassi, nella condanna del codice di commercio, quale espressione dei privilegi della classe dei commercianti a tutto svantaggio dei consumatori: egli auspicava, infatti, un rinnovamento del diritto commerciale che contemplasse gli interessi di tutte le classi sociali, dal momento che «la solidarietà sociale dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislatore». La sua proposta consisteva, pertanto, nella unificazione della disciplina civile e di quella commerciale, sostituendo i codici ottocenteschi, che miravano alla creazione di un diritto commerciale di classe, con un codice unico, volto a favorire la solidarietà sociale e la tutela dei lavoratori e dei consumatori.

²⁹ Egli rilevava, infatti, come «i problemi odierni del diritto commerciale si collegano a loro volta ai problemi sollevati dal pieno trionfo del capitalismo e dall'ulteriore sua evoluzione dalla fine del sec. XIX, onde appunto i problemi che fanno capo alla necessità di tutelare la massa dei consumatori di fronte alle grandi imprese organizzate, alla necessità di evitare abusi decorrenti da una concentrazione nel controllo della ricchezza, a sua volta resa giuridicamente possibile dal tecnicismo degli istituti di diritto commerciale, e via dicendo, con il conseguente accentuarsi di tendenze pubblicistiche che limitano alla fine la discrezionalità contrattuale»: T. ASCARELLI, *Natura e posizione del diritto commerciale*, cit., p. 145.

che il singolo, mancando la difesa costituita dalla possibilità di rivolgersi ad altre imprese, disarmato perché isolato, non può che subire»³⁰.

Nell'analizzare sotto il profilo giuridico i meccanismi sui quali si fonda la complessa struttura del mercato, Ascarelli attribuisce un rilievo particolare all'interesse dei consumatori, nel quale ravvisa un interesse generale della collettività, meritevole di tutela in vista del raggiungimento del benessere e del progresso economico e culturale della nazione³¹.

Nella sua indagine, che muove da una visione storicistica del diritto, egli rinviene le origini del principio della tutela del consumatore già nella rottura degli schemi successiva alla Rivoluzione francese ad opera della borghesia ottocentesca, in concomitanza con lo sviluppo dell'industria e della tecnica che conduce alla formulazione di un nuovo diritto commerciale. Il processo di oggettivazione del diritto commerciale e la transizione da un sistema fondato sui privilegi del ceto

³⁰ T. ASCARELLI, *Natura del diritto commerciale – Il problema*, in *Appunti di diritto commerciale*, cit., p. 18.

³¹ La riflessione che egli svolge sulla tutela del consumatore, ponendola in relazione con il corretto funzionamento del principio della libera concorrenza attraverso un'adeguata regolamentazione, trae spunto, come accennato, dalle considerazioni svolte mezzo secolo prima dal suo maestro, Cesare Vivante, sul tema dell'unificazione del diritto privato. Questi, infatti, nell'evidenziare i difetti sociali del codice di commercio, quale insieme di regole inteso alla tutela del privilegiato ceto mercantile, invocava una legislazione sociale che tenesse conto della posizione di debolezza dei consumatori, costretti allo stato attuale «a farsi gabbare per forza di legge» (C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di Commercio*, cit., p. 10, il quale contesta in modo particolare la validità degli usi commerciali, tra i quali «ve n'ha molti introdotti per gabbare i consumatori»). È dunque grazie a Vivante e ad un altro insigne giurista, Angelo Sraffa (A. SRAFFA, *La lotta commerciale*, in *La scienza del diritto privato*, 1894, p. 200 ss.), che comincia a delinearsi nell'ambito dei rapporti economici la figura del consumatore, quale destinatario dei beni e servizi offerti sul mercato sempre più ampio, grazie ai progressi della scienza e della tecnica.

Lo stesso Ascarelli, del resto, dichiara apertamente di aver seguito nei suoi studi il solco tracciato dai suoi illustri predecessori («nel riferirmi perciò all'interesse pubblico e alla tutela del pubblico dei consumatori nella teoria della concorrenza spero di esser rimasto fedele alla tradizione della disciplina e all'insegnamento del Maestro») (T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, Prolusione al corso di diritto industriale letta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma il 27 novembre 1953, in *Riv. trim.*, 1954, ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 128), sebbene egli sviluppi in modo del tutto originale gli spunti offerti, sì da elaborare una costruzione giuridica del mercato innovativa e precorritrice.

mercantile ad un sistema basato sulla libera iniziativa e la libera competizione consentono di riguardare i consociati nella nuova veste di utilizzatori finali dei prodotti della catena commerciale, con tutte le conseguenze che ne derivano³².

Anche con riferimento al periodo successivo, quando cioè ragioni di carattere sia economico che politico fanno sentire l'esigenza di una disciplina pubblicistica dell'economia e si accentua a mano a mano l'intervento dello Stato, Ascarelli rileva come detto intervento sia comunque ispirato dall'esigenza di tutelare i consumatori (identificati con i lavoratori) 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», pur evidenziando talvolta una certa ambiguità negli indirizzi ispiratori della normativa volta a disciplinare l'esercizio delle attività economiche³³.

Nella costruzione ascarelliana la tutela del consumatore è considerata, dunque, come uno degli obiettivi più importanti, da raggiungere attraverso la corretta regolamentazione del mercato: la prospettiva è quella di conciliare l'interesse tutelato dalla disciplina privatistica della concorrenza, individuato nella probabilità di guadagno dell'imprenditore, con l'interesse dei consumatori (e dei lavoratori) ad un aumento dei salari reali senza aumento dei prezzi.

³² «La borghesia trionfante, affermatasi con la Rivoluzione francese e poi riaffermatasi nelle lotte del sec. XIX, rompeva gli schemi ai quali pure doveva nei secoli lontani una sua prima affermazione e si ribellava contro l'autorità regia della quale pure era stata anteriormente alleata nella lotta contro i privilegi delle classi feudali.

La preoccupazione dominante diviene quella dell'interesse del consumatore; è questo interesse che viene tutelato disciplinando una competizione tra produttori nei cui confronti il consumatore diviene il "terzo che gode" e che viene intesa quale stimolo e giudizio suscettibile di apportare, attraverso il progresso tecnico, diminuzione di costi e aumento di salari reali con un generale progresso»: T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 18.

³³ «In questa normativa ritroviamo tuttavia contrasti funzionali anche in relazione ad analoghe strutture istituzionali. A volte invero questa normativa, rimanendo fedele al criterio ispiratore dello sviluppo del diritto commerciale, è pur sempre ispirata all'interesse del consumatore (col quale coincide quello dei lavoratori) e così mira a promuovere progresso tecnico ed espansione nell'interesse di un benessere economico generale; a volte invece essa mira ad una tutela degli imprenditori nei confronti dei consumatori o segue un orientamento paternalista»: T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 22.

Ascarelli valuta sotto un nuovo angolo visuale la posizione dei consumatori, alla luce del principio fondamentale della libertà di iniziativa privata accolto dal nostro ordinamento: «la libera iniziativa e la libera competizione garantiscono quel massimo benessere collettivo che vanamente sarebbe perseguito da regolamenti autoritari; i consociati vengono considerati come esseri razionali e maturi, perciò giuridicamente eguali, e non più come fanciulli da guidare dall'alto»³⁴. Ad essi è affidata la funzione di arbitri del mercato, dal momento che la loro *scelta* determinerà il trionfo del più degno economicamente. Ed allora, affinché i consumatori non siano fuorviati nella loro scelta, è necessario che gli imprenditori rispettino «le regole del gioco» della concorrenza. Per Ascarelli, dunque, vi è e non può non esservi armonia tra la disciplina volta a regolare in via diretta i rapporti tra imprenditori e la disciplina intesa a tutelare in via diretta i consumatori, laddove lo scopo ultimo da raggiungere è quello del benessere della collettività. La tutela diretta del consumatore da parte della P.A. si risolve, allora, in un completamento della disciplina posta a tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del principio della libera iniziativa³⁵.

A ben vedere, tale concezione si rinviene nel processo di strutturazione del mercato a livello comunitario, che si è venuto svolgendo su due linee direttrici, la tutela del principio della concorrenza e la tutela dei consumatori, le quali, tuttavia, non sono né contrapposte né tantomeno separate, intrecciandosi e combinandosi in modo vario, al fine di conformare quel complesso prodotto giuridico ed istituzionale che è il mercato, in cui elementi diversi si condizionano e si integrano a vicenda³⁶.

In questo quadro, la politica della Comunità europea, volta a «promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche» e «il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione» dei

³⁴ T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 17.

³⁵ Ad esempio, secondo Ascarelli, l'intervento dello Stato al fine di garantire la qualità della merce non va certo considerato come una limitazione della generale libertà del mercato, ma piuttosto come un'integrazione della disciplina intesa a tutelare tale libertà. V., sul punto, N. LEVI, *La frode in commercio*, Torino, 1926, p. 111 ss., il quale ravvisa, invece, nell'intervento della P.A. la manifestazione di un orientamento opposto a quello fondato sul principio della libertà d'iniziativa economica.

³⁶ Al riguardo, v. spec. G.M. HODGSON, *Economics and Institutions*, Oxford, 1988, p. 172 ss. e P. SYLOS LABINI, *La crisi italiana*, Roma-Bari, 1995, p. 20 ss.

cittadini, preso atto delle esigenze di tutela dei consumatori, comincia ad indirizzarsi in tal senso, pervenendo nel 1973 alla approvazione della *Carta europea di protezione dei consumatori*. Tale Carta diventa il primo di una lunga serie di atti, volti a creare una disciplina adeguata di protezione dei consumatori, nell'ambito di un programma, di cui sono tappe fondamentali l'Atto unico europeo e il Trattato di Maastricht, che prevedono un apposito titolo dedicato alla «protezione dei consumatori»³⁷.

Lo scopo è di attuare una politica economica volta al rafforzamento della libertà di scelta dei consumatori, da cui tragga beneficio indirettamente la competizione tra gli imprenditori, attraverso una disciplina di carattere privatistico, che incida direttamente sul regolamento contrattuale.

Tale indirizzo, come accennato, trova le sue origini nella legislazione degli Stati Uniti d'America, patria della disciplina della concorrenza e della tutela dei consumatori. Lo sviluppo è stato certamente più lento in Europa, ed in particolare nell'ordinamento italiano, che viene da una forte tradizione di interventismo nell'economia e dove per decenni il legislatore ha rinvenuto nell'adozione di una disciplina pubblicistica dell'economia lo strumento più idoneo a fornire un'adeguata tutela dei lavoratori e dei consumatori nonché a realizzare un equilibrato progresso economico del Paese³⁸. Il nostro ordinamento è rimasto, infatti, ancorato per lungo tempo all'idea che una legislazione paternalistica potesse ampiamente adempiere alla funzione di proteggere le c.dd. parti deboli dei contratti, mediante disposizioni volte a fornire una tutela "dall'alto", assicurando l'equilibrio dell'assetto finale degli interessi in gioco nei singoli contratti, ma lontane dal far acquisire una piena consapevolezza della loro posizione sociale ed eco-

³⁷ Sull'evoluzione della legislazione a tutela dei consumatori, v. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, p. 21 ss.

³⁸ Specialmente nei primi anni di vita della Costituzione repubblicana si rinven-
gono numerose disposizioni fortemente limitative dell'attività imprenditoriale dei
privati piuttosto che disposizioni normative volte a disciplinare atti e comporta-
menti degli stessi sotto il profilo privatistico; è sufficiente a tal fine ricordare le
leggi istitutive di pubblici monopoli (si pensi ai servizi postali e telegrafici, telefoni-
ci, di importazione e vendita dei tabacchi, ecc.), oppure a quelle volte a stabilire
modalità di esercizio di attività economiche private, eventualmente subordinando
l'esercizio stesso ad autorizzazioni amministrative o, ancora, imponendo una disci-
plina legale dei prezzi.

nomica³⁹. Tale tutela mirava sostanzialmente a perseguire finalità del *welfare state*, commisurando ad esse i singoli atti di autonomia privata.

Ebbene, il moderno orientamento comunitario, che pone l'accento sulla *consapevolezza* della scelta dei consumatori⁴⁰, specialmente attraverso lo strumento dell'*informazione*, appare invece pienamente in linea con una costruzione del mercato che tende a rivalutare la posizione dei consumatori⁴¹, riconoscendo loro il fondamentale ruolo di "ar-

³⁹ Si veda N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289, il quale rileva come le discipline in materia di concorrenza, pubblicità ingannevole, responsabilità del produttore per merci difettose, vendite porta a porta, credito al consumo, trasparenza nei servizi bancari e finanziari, «rispondano tutte alla medesima logica, che è di accrescere la libertà e la consapevolezza della scelta. Non si tratta – si badi – di una legislazione paternalistica, volta a soccorrere l'umiliante figura della "parte debole", ma di un regime, che ricollega il rischio alla libertà della scelta. Il diritto del mercato – si consideri dal lato delle imprese venditrici o dal lato dei singoli consumatori – è un diritto dell'autoresponsabilità».

⁴⁰ Nella prospettiva normativistica la scelta consapevole dei consumatori è vista quale risultato del processo di strutturazione giuridica del mercato. Ma si veda R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, il quale, muovendo da premesse giusnaturalistiche, ravvisa nella 'consapevolezza' dei consumatori il frutto di un calcolo economico effettuato spontaneamente dai soggetti, da cui la definizione di *homo oeconomicus*, in grado di muoversi consapevolmente nel mercato e di soddisfare adeguatamente i propri bisogni. Al riguardo, si vedano anche le osservazioni di A. SEN, *Etica ed economia* (1987), trad. it., Roma-Bari, 1988, p. 9 ss., il quale ritiene impossibile separare interessi personali economici e valori etici. Una singolare concezione del rapporto tra diritto ed economia, secondo la quale il diritto è il "ponte" che lega l'economia all'etica, si ritrova in G. CAPOGRASSI (v. spec. *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 235), su cui F. GAMBINO, *Giuseppe Capograssi e Francesco Carnelutti o del diritto tra economia ed etica*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia*, cit., p. 99 ss.

⁴¹ Si veda in proposito R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. di dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, p. 16, laddove si rileva che il diritto comunitario e quello italiano si preoccupano di utilizzare gli istituti tradizionali per porre su nuove basi il diritto del contraente all'informazione. Nella letteratura straniera, v. A. BURROWS, *Contract Discipline: in Search of Principles in the Control of Contracting Power*, in *Eur. Rev. L. Econ.*, 1995, p. 127. Sulla prospettiva della *social contract law*, ovvero il diritto dei contratti come strumento di tutela del soggetto debole, v. T. WILHELMSSON (ed. by), *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, 1993. Tra gli italiani, sul punto, v. A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 2001, p. 286 ss., il quale osserva come per la tutela dei valori superprimari sia oggi opportuno ricorrere alla «social contract law», che «deve essere potenziata soprattutto in una fase storica caratterizzata da vicende che mettono in discussione i fondamenti della vigente carta costituzionale». Per un'indagine del

bitri" della competizione tra le imprese, impostazione questa che evoca immediatamente la concezione ascarelliana dei consociati «quali uomini e non come fanciulli da guidare dall'alto»⁴².

4. Si è detto che il modello di mercato che costituisce l'obiettivo principale della politica comunitaria, delineato in modo particolare nell'Atto unico europeo e nel Trattato di Maastricht, si fonda sulla corretta esplicazione del principio della "concorrenza". È opportuno, allora, chiarire quale sia il fenomeno che si vuole designare con questo termine nonché le condizioni necessarie affinché il suddetto principio possa operare⁴³.

Il termine *concorrenza* sta ad indicare la competizione tra più soggetti economici, i quali offrono sul mercato prodotti simili e, aspirando al medesimo risultato di realizzare il profitto più alto, cercano di conquistare il pubblico dei consumatori per guadagnare e mantenere la loro quota di mercato. Perché si verifichi tale fenomeno è dunque indispensabile, in primo luogo, che vi sia una molteplicità di soggetti, sia dal lato dei venditori che dei compratori; in secondo luogo, che vi sia omogeneità dei prodotti offerti ai consumatori per la soddisfazione di un determinato bisogno⁴⁴. Tuttavia, questo non basta: il concetto stesso di *competizione*, infatti, implica il 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 necessario, poi, che tali regole obblighino tutti i partecipanti allo stesso modo, affinché essi ricevano pari opportunità di successo e la gara possa svolgersi correttamente⁴⁵. Stabilire regole comuni non significa, infatti, restringere l'autonomia dei privati, che, anzi, avrà modo di esplicarsi al meglio in assenza di discriminazioni arbitrarie e

problema del paternalismo legislativo nei paesi anglosassoni, v. C.V. SCHELL, *Contracts in the Modern Supreme Court*, in 81 *California L. Rev.*, 1993, p. 524.

⁴² T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 17.

⁴³ Per un'analisi delle condizioni di funzionamento del mercato in regime di concorrenza, v. T. SCITOVSKY, *Welfare and Competition*, Aldershot, 1951.

⁴⁴ Sui principi posti alla base del meccanismo della concorrenza, v. T. EISENBERG, *The Bargain Principle and Its limits*, in *Harvard L. Rev.*, 1982, p. 741.

⁴⁵ Sul punto, v. J.M. BUCHANAN e G. BRENNAN, *La ragione delle regole*, trad. it., Milano, 1991, p. 123; B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994.

disuguaglianze nella posizione dei concorrenti: la presenza di regole, in tal senso, diventa sinonimo di garanzia di libertà.

Torna qui l'insegnamento di Ascarelli, secondo il quale il principio della libera concorrenza non è in grado di operare da solo, ma necessita di un sistema di regole intese al suo mantenimento e alla sua tutela. Si parla di un «sistema», in quanto tutte le norme volte alla disciplina delle attività economiche devono essere coordinate con il principio della libera concorrenza «per impedire che questa, in sé benefica, finisca tuttavia, date le modalità del suo esercizio, per non poter conseguire il fine che la giustifica»⁴⁶.

In questa prospettiva si spiega anche l'importante dichiarazione di principio, contenuta nella Premessa alla *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*: «Riprendendo un orientamento internazionalmente diffuso e anche da noi acutamente rivendicato, mi sono richiamato alla concorrenza come quadro al quale coordinare i vari istituti raccoglibili sotto la denominazione di diritto industriale. Questa impostazione vuole anche affermare il collegamento tra disciplina della concorrenza e impresa e si coordina con quella che ravvisa appunto sul terreno della disciplina della concorrenza e di quella pubblicistica della economia la rilevanza della nozione generale di imprenditore»⁴⁷.

Ascarelli muove dalla constatazione dell'insufficienza dei mezzi a disposizione di ciascun soggetto per la soddisfazione di tutti i bisogni, che si vengono così a trovare in una situazione di concorrenza tra loro. Allo stesso modo, ogni attività economica diretta alla soddisfazione di un bisogno si trova in una relazione di concorrenza con le altre, relazione che sarà tanto più prossima quanto più simili saranno i bisogni che le attività tendono a soddisfare. In questo senso la concorrenza viene in rilievo come "fatto", come fenomeno che si verifica indipendentemente dalla volontà dei singoli soggetti operanti sul mercato. Altro sono, invece, gli "atti" di concorrenza, che sono atti volontari compiuti normalmente dall'imprenditore nell'esercizio della propria attività economica e che possono essere qualificati come leciti o illeciti, secondo i limiti stabiliti dal legislatore al riguardo.

⁴⁶ T. ASCARELLI, *La disciplina giuridica della concorrenza*, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 32.

⁴⁷ T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. IV.

Il problema della concorrenza assume rilevanza in conseguenza dell'affermazione del principio del libero accesso al mercato: la libertà dell'iniziativa privata genera il fenomeno della competizione tra gli imprenditori che hanno esercitato tale libertà⁴⁸. Invero, una volta consacrato nell'art. 41 cost. siffatto principio, dal quale deriva una posizione di uguaglianza nei confronti dello Stato di tutti coloro che intraprendono un'attività economica e che quindi concorrono tra loro, è a questa norma che si deve fare riferimento se si vuole individuare un fondamento costituzionale, sebbene indiretto, del principio della concorrenza ed è sempre in funzione di questa norma che si pone il problema della disciplina della concorrenza⁴⁹, «disciplina che si coordini con la riconosciuta libertà, sancendo le ipotesi nelle quali questa, data la particolare natura della fattispecie, deve essere limitata; riconoscendo le esclusive all'utilizzazione di creazioni intellettuali; disciplinando le modalità della concorrenza; considerando e disciplinando le private pattuizioni volte a limitare la concorrenza»⁵⁰.

⁴⁸ «La stessa affermazione della libertà di iniziativa pone il problema della disciplina della concorrenza che ne costituisce la conseguenza, e, tanto più di fronte a quell'aumento della produzione che trae origine dalla rivoluzione industriale in massa, che, notava Jaspers, certamente costituisce il fenomeno più tipico dell'epoca, perché realmente privo di precedenti storici»: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 37.

⁴⁹ Ascarelli, inoltre, è tra i primi a ricollegare il concetto di utilità sociale alla figura del consumatore: «l'"utilità sociale" dell'art. 41 della Costituzione non mi sembra tuttavia possa essere intesa trascurando l'interesse del consumatore, che poi è anche quell'indifferenziato cittadino al quale si riporta lo Stato nella sua base istituzionale» (T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 33). La riflessione ascarelliana sulla necessità di volgere a fini sociali l'attività economica appare ispirata alle teorie dell'ordoliberalismo, che certamente esercitarono una notevole influenza sul suo pensiero. Vedi spec. F. BOHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933; ID., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937; L. MIKSCH, *Wettbewerb als Aufgabe*, Godesberg, 1937. Un esame accurato del pensiero dei giuristi della Scuola di Friburgo è offerto da L. DI NELLA, *La Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia*, cit., p. 171 ss.

⁵⁰ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 10. In particolare, con riguardo alle limitazioni della concorrenza derivanti da accordi privati nella dottrina di fine '800, v. C. SUPINO, *La concorrenza e le sue più recenti manifestazioni*, in *Arch. giur.*, 1893, p. 307 ss., secondo il quale la funzione positiva dei sindacati industriali si riscontrava specie «negli accordi volti ad eliminare la sfrenata concorrenza tra gli imprenditori di uno stesso ramo di industria ed a regolare la

In particolare, la riflessione ascarelliana si concentra sulla disciplina delle "modalità" della concorrenza, approdando alla valutazione della concorrenza c.d. sleale, come quella che «considera le particolari modalità che rendono illecito un atto di concorrenza, indipendentemente dalla violazione dei diritti assoluti sui beni immateriali ovvero dai limiti o dalle modalità dettate all'esercizio dell'attività o allo svolgimento della concorrenza in determinati rapporti»⁵¹.

Ascarelli evidenzia la straordinaria portata innovativa delle norme sulla concorrenza sleale, le quali attribuiscono rilievo giuridico agli atti compiuti dall'imprenditore, sotto il profilo della liceità, prescindendo da qualsiasi collegamento con la violazione di diritti assoluti o di limiti e modalità dettati dal diritto pubblico con riferimento all'esercizio di determinate attività economiche, il che pone il problema del fondamento dell'illegittimità⁵². A tal fine, appare del tutto insufficiente al nostro Autore la teoria che individua l'illiceità dell'atto di concorrenza sleale nella lesione di un diritto assoluto dell'imprenditore sull'avviamento o sulla clientela, nei limiti posti dalla concorrenza lecita⁵³: «ammettendo un diritto assoluto sulla clientela o sull'idea

produzione in modo che non divenisse esuberante e si proporzionasse il più possibile alla domanda dei consumatori»; secondo la giurisprudenza dell'epoca «il fatto dell'associazione od unione e la relativa assunzione di obblighi da parte dei consorziati è esercizio di libertà e non lesione della medesima, anche perché la limitazione dell'azione dei contraenti è un effetto proprio di tutti i contratti» (così Cass. Napoli, 26 maggio 1903, in *Foro it.*, 1903, I, c. 1034 ss.). Sul punto v. A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, cit., p. 123.

⁵¹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 100.

⁵² Secondo il tradizionale orientamento della dottrina e della giurisprudenza dominante in Francia, e nel vigore dell'abrogato codice civile in Italia, l'illegittimità degli atti di concorrenza sleale era riconducibile al principio generale contenuto nell'art. 1151 in tema di fatto illecito. Vedi, in tal senso, tra i giuristi francesi, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, cit., p. 487; nella dottrina italiana, spec. V. ANGELONI, *Corso di diritto commerciale*, Roma, 1952, p. 151. Ascarelli sostiene al riguardo che tale teoria «finisce per presupporre, anziché risolvere il problema dell'illegittimità dell'atto, che invece si tratta di chiarire e ci riporterebbe ad una disciplina generale per ogni atto di concorrenza e non ad una disciplina peculiare in relazione a determinate modalità» (T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 101).

⁵³ In tal senso, v. P. GRECO, *La clientela e l'azienda commerciale*, in *Studi in onore di C. Vivante*, I, Roma, 1931, p. 571; G. AULETTA, *Dell'azienda, delle opere dell'ingegno e delle invenzioni industriali, della concorrenza*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1947, p. 335; M. ROTONDI, *Il valore giuridico del principio*

organizzativa poi limitato dalla concorrenza lecita, mi sembra che si faccia capo ad una vera inversione della disciplina, che ha come premessa proprio la libertà della concorrenza e perciò la mancanza di un diritto assoluto su clientela o avviamento e che non esclude affatto la concorrenza, ma ne disciplina solo le modalità!». Ed aggiunge: «Libera concorrenza e concorrenza sleale sono in sostanza due facce dello stesso fenomeno e convergono ad una stessa finalità»⁵⁴.

Riguardata in questa prospettiva, l'emanazione delle norme sugli atti di concorrenza sleale, costituisce, a ben vedere, un gran passo in avanti sulla via delle riforme, che lo stesso Ascarelli auspicava sin dai suoi primi scritti, al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e garantire l'attuazione della finalità che essa si propone, ovvero quella di «assicurare il trionfo del più degno economicamente». Ecco allora che, alla luce delle norme sulla concorrenza sleale, il concetto ascarelliano di mercato si definisce nettamente nei suoi contorni ed emerge più chiaramente la posizione neo-liberista dell'Autore: «Ammettere la liceità della concorrenza e perciò degli atti di concorrenza significa ammettere che la competizione tra imprenditori costituisca un criterio per la scelta del più degno economicamente (scelta così affidata al giudizio dei consumatori) e perciò per promuovere il progresso economico»⁵⁵. Ne discende che «atto di concorrenza sleale è perciò, in via astratta, quello che, date le sue modalità, si risolve in un ostacolo al conseguimento di detta finalità; perché un "gioco" raggiunga le finalità per le quali è istituito occorre in sostanza che non si bari»⁵⁶.

In questo quadro, un'importanza notevole è attribuita da Ascarelli agli usi, che acquistano efficacia normativa in questa materia e diventano criteri da adottare in sede d'interpretazione e specificazione delle clausole generali dell'«onestà» e della «correttezza professionale». Lo

della libera concorrenza e l'oggetto della c.d. azione di concorrenza sleale, in Studi in onore di A. Cicu, II, Milano, 1951, p. 428.

⁵⁴ T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 113.

⁵⁵ T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 116.

⁵⁶ T. ASCARELLI, *o.l.u.c.* La competizione tra imprenditori è di frequente paragonata allo svolgimento di un giuoco, che in tanto esiste in quanto ne siano state stabilite le regole. Si veda, al riguardo, N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in ID. (a cura di), *Diritto ed economia*, cit., p. 268, ove si richiama il pensiero di A. PAGLIARO, *Le regole del giuoco*, in *Il segno vivente - Saggi sulla lingua e altri simboli*, Napoli, 1952, p. 55 ss.

scopo, come rilevato, è sempre quello della tutela delle “regole del gioco” della concorrenza, la quale è a sua volta strumento per la realizzazione dell’interesse pubblico allo sviluppo industriale e culturale⁵⁷.

La particolarità che contraddistingue la disciplina della concorrenza, osserva inoltre Ascarelli, che si tratti di limiti imposti dal legislatore (preclusione dell’esercizio di determinate attività o disciplina delle modalità di esercizio o degli atti di concorrenza), ovvero provenienti da accordi tra privati, sta nel fatto che l’obbligazione nascente in capo agli imprenditori è sempre di segno negativo, si concretizza cioè sempre in un dovere di astensione: egli ribadisce in tal modo che la regola generale è quella della liceità di atti e comportamenti volti ad animare la concorrenza tra le imprese, mentre l’eccezione è costituita dai divieti, diretti comunque a realizzare il corretto funzionamento del principio generale.

Non appare superfluo rilevare, a tal fine, che le condizioni indispensabili al funzionamento dell’economia di mercato, al pari di qualsiasi altro fattore costitutivo del mercato stesso, non sono l’effetto di una fortuita combinazione degli interessi in gioco, ma sono elementi basilari dello schema economico-giuridico concorrenziale prescelto dal legislatore e, come tali, devono trovare la loro fonte nel diritto. Il mercato, infatti, non è frutto di leggi ‘naturali’⁵⁸ e, come tali, immutabili, perfettamente funzionanti nei loro meccanismi, ma è un’istituzione economico-giuridica, le cui norme sono soggette alla mutevolezza, nello spazio e nel tempo, propria delle scelte politiche⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. T. ASCARELLI, *o.u.c.*, p. 119, ove si conclude che «la illiceità degli atti di concorrenza sleale riposa su una ragione di ordine pubblico, e cioè il contrasto con quelle finalità alle quali, nel pubblico interesse, è volta la concorrenza».

⁵⁸ Ma vedi, per la teoria dell’analisi economica del diritto, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 3, il quale configura il mercato come una realtà che è mossa dalle forze proprie dell’economia, alle quali il diritto deve adeguarsi, senza tentare di alterarle.

⁵⁹ V., sul punto, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11 ss. e ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 39 ss.; nello stesso senso v., anche, G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell’economia di mercato*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 725, il quale, preso atto della pluralità di “attori del mercato”, di “interessi” operanti nel mercato e di fonti delle regole del mercato, osserva come «in questo quadro, “libertà di mercato” non significa più – e soltanto – libertà dalle imposizioni, libertà di competizione, libertà di accesso, ma significa *regulation*, cioè creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in gioco secondo una logica democratica».

A conferma dell'artificialità delle leggi del mercato, si consideri la stessa eventualità che si verificano 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, come tali, l'automatismo degli effetti ad esse ricollegati, come avviene in natura per le leggi fisiche; ciò comporta una situazione di incertezza circa l'effettività e l'efficienza della regola giuridica, le quali possono dipendere da fattori esterni⁶⁰. In quest'ottica, il mercato concorrenziale è, dunque, uno dei possibili modelli di economia, che il legislatore *ha scelto* di adottare, con tutte le conseguenze che tale scelta comporta in ordine al suo funzionamento.

Nell'ambito delle disposizioni dirette ad assicurare il corretto svolgimento della competizione tra i soggetti del mercato, sicuramente vanno contemplate quelle che determinano le modalità di conclusione dei contratti, i loro requisiti fondamentali e, più in generale, tutte le norme volte a disciplinare l'utilizzazione dello strumento contrattuale tipico del settore⁶¹. Le regole che governano i mercati dei singoli beni vengono così a caratterizzarli e differenziarli in base alle esigenze che emergono nell'uno o nell'altro settore, in modo che gli operatori che decidono di entrarvi siano posti in grado di conoscere quali comporta-

⁶⁰ In realtà si è potuto verificare storicamente, come evidenziato da Ascarelli, il fallimento di un sistema basato sul c.d. *'laissez faire'*, ovvero su quelle che si pretendeva fossero le 'leggi naturali del mercato'. In verità, anche il sistema economico del liberismo classico costituiva frutto della scelta politica di astenersi dall'intervento nell'economia, «riconoscendo nella libertà individuale e nella proprietà i formanti del sistema di autonomia economica», come rilevato da A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, cit., p. 131. Il principio del *'laissez faire'*, intorno al quale ruotava l'intero sistema del diritto commerciale, era tipico degli ordinamenti giuridici del secolo decimonono che riposavano sulla capacità del mercato di autoregolarsi: nessuna norma, pertanto, veniva ritenuta più giusta ed equa di quella nata spontaneamente sul terreno della pratica commerciale e proveniente dai destinatari della norma medesima, ovvero la consuetudine (v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 48). V., al riguardo, J.M. KEYNES, *La fine del "laissez faire"*, Torino, 1991, p. 167. Sulle fonti giusnaturalistiche del diritto nell'ordinamento italiano, v. spec. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 222 ss.

⁶¹ Così J. BUCHANAN e G. BRENNAN, *La ragione delle regole*, cit., p. 132.

menti dovranno tenere e possano, altresì, prevedere i comportamenti degli altri soggetti con i quali entreranno in contatto: la norma consente cioè la *prevedibilità* dell'agire⁶².

Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che i protagonisti della competizione, imprenditori e consumatori, possano ricevere tutte le informazioni necessarie, relative tanto agli altri concorrenti quanto 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 generalmente determina, disfunzioni nell'incontro tra la domanda e l'offerta⁶³. Nel modello di mercato concorrenziale, perfettamente funzionante, la trasparenza opera, pertanto, quale condizione imprescindibile per un 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 accedere⁶⁴.

⁶² Vedi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 5, il quale osserva: «Nessuno dubita che il mercato sia un ordine [...]. Ordine nel senso di regolarità e prevedibilità dell'agire: chi entra nel mercato sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili. [...] La regolarità, il reiterarsi di dati comportamenti nelle medesime circostanze, permette un calcolo sul futuro, quel "prevedere", o vedere prima, onde un soggetto confida nell'agire altrui». V. anche A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 34, secondo il quale i caratteri di stabilità e inderogabilità, propri della norma, assicurano «la certezza ai soggetti coinvolti negli scambi anche in termini di prevedibilità circa le aspettative riposte nell'attività negoziale nonché le conseguenze legate alla violazione delle medesime regole».

⁶³ Sul ruolo delle informazioni nell'equilibrio del mercato, v. F.A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, trad. it., Bologna, 1988, p. 293.

⁶⁴ Sul problema della trasparenza, v. A. BURROWS, *Contract Discipline: in Search of Principles in the Control of Contracting Power*, cit., p. 127. Il problema delle informazioni è analizzato, sotto il profilo economico, nell'ambito del più ampio problema dei c.dd. costi di transazione (*transaction costs*), su cui v. spec. R. COASE, *Il problema*

La necessità di ripristinare la condizione della *trasparenza* nell'attuale sistema economico, trae origine proprio dall'eccessivo ampliamento delle dimensioni dei mercati, in virtù del quale si aprono infinite possibilità ai soggetti economici per il conseguimento di analoghi risultati e si prospettano molteplici operazioni economiche, tra loro concorrenti, dal contenuto giuridico più vario.

In particolare, il disorientamento dei consumatori e, quindi, la possibilità che questi effettuino la loro scelta in modo non pienamente consapevole, determinando in tal modo alterazioni nel meccanismo concorrenziale, scaturisce dalla circostanza che, in uno spazio economico enormemente dilatato, il confronto tra caratteristiche dei prodotti e relativi trattamenti giuridici per conseguirli, non si fonda più soltanto sul criterio discrezionale tradizionale del *prezzo*, ma deve necessariamente ancorarsi ad altri metri di giudizio, per la cui applicazione si rende necessaria l'acquisizione di ulteriori e maggiori informazioni. Il problema del corretto funzionamento del mercato si traduce, pertanto, in un problema di *informazione*⁶⁵. In altre parole, nell'attuale sistema economico la diversificazione dei prodotti offerti ai consumatori finali non è più riconducibile soltanto alle differenti tecniche di produzione utilizzate, ma anche, e forse soprattutto, ai differenti "pacchetti" di norme giuridiche inserite nei testi contrattuali predisposti dagli imprenditori concorrenti, in virtù dell'autonomia negoziale⁶⁶.

del costo sociale, in *Impresa mercato e diritto*, trad. it., Bologna, 1995. Le inefficienze del mercato reale possono condurre al «fallimento del mercato», su cui v. spec. T. COWEN, *The theory of Market Failure*, George Mason University Press, Fairfax, Va., 1988. Tra gli italiani, v. F. PADOA-SCHIOPPA, *L'economia sotto tutela*, Bologna, 1990. Sotto il profilo giuridico, il problema è affrontato da V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 8 ss.

⁶⁵ Vedi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 73; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, cit., p. 744.

⁶⁶ Sulla considerazione del contratto quale 'prodotto' sul quale fornire informazioni, nella letteratura giuridica americana, v. A. LEFF, *Unconscionability and the Code: the Emperor's New Clothes*, in *Penn. L. Rev.*, 1967, p. 485; ID., *Contract as Thing*, in *Am. Un. L. Rev.*, 1970, p. 131, ora in I. RAMSAY (ed.), *Consumer Law*, Aldershot, 1992, p. 119. Tra gli italiani, sul problema dell'informazione, v. A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 19, il quale evidenzia l'effetto benefico degli obblighi d'informazione sulla libertà contrattuale, «ove questa si intenda non quale libertà astratta e naturalisticamente concepita ma quale libertà *market-oriented*».

Il problema è quello delle c.dd. asimmetrie informative⁶⁷, i cui effetti negativi sono riscontrabili in tutte le fasi del sistema economico, ma riguardano in modo particolare la fase finale del ciclo economico, ovvero i rapporti tra i consumatori finali dei beni e servizi e le imprese che offrono tali prodotti, traducendosi in un problema di squilibrio nella posizione delle parti e nel loro potere contrattuale. Il fenomeno, tipico dei nostri tempi, della c.d. *contrattazione di massa* o *standardizzata*, che prevede la conclusione del contratto mediante la semplice sottoscrizione da parte del consumatore di moduli o formulari contenenti le condizioni generali di contratto, comporta, infatti, che al destinatario dello schema contrattuale proposto sia preclusa la possibilità di discutere il contenuto delle singole clausole; egli ha solo la possibilità di accettare o meno l'integrale testo contrattuale, secondo la tecnica del *take-it-or-leave-it*. Ciò conduce ad una differenza sostanziale di posizione tra i contraenti, che ha determinato l'esigenza di tutelare la c.d. "parte debole" del contratto.

Il tentativo di individuare i rimedi intesi all'eliminazione dell'asimmetria informativa, conduce necessariamente ad una rimeditazione 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, al fine di consentire che nel mercato concorrenziale circoli il maggior numero di informazioni possibile circa i soggetti, i beni nonché le tipologie di contratto utilizzate e, naturalmente, i prezzi dei prodotti.

Nel tentativo di sanare questa anomalia nel funzionamento del mercato concorrenziale e ripristinare, quindi, la condizione della *trasparenza*, l'intervento del legislatore si è concretizzato, in particolare, nell'imposizione di obblighi d'informazione a carico del predisponente nei confronti di colui che sottoscrive il contratto⁶⁸. In questo modo si

⁶⁷ Sul problema delle asimmetrie informative, v. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 37; con maggior respiro M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

⁶⁸ Larghissimo è l'uso dei 'prospetti informativi' nelle leggi che si riferiscono ad operazioni finanziarie e alla raccolta del risparmio (v. spec. d.lg. 1 settembre 1993, n. 385; l. 19 febbraio 1992, n. 142; l. 17 febbraio 1992, n. 154). V. altresì gli obblighi di informazione previsti nel d.lg. 25 gennaio 1992, n. 74 (pubblicità ingannevo-

cerca di ricondurre ad una situazione di parità sostanziale le posizioni delle parti, originariamente squilibrate, mediante l'introduzione di norme di condotta uniformi che hanno quali destinatari i c.dd. professionisti, ossia coloro che utilizzano lo schema contrattuale nell'ambito della loro attività imprenditoriale o professionale. In particolare, l'adempimento di tali obblighi 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.

L'introduzione dell'obbligo di utilizzare un siffatto schema atterrebbe, dunque, al profilo della struttura del contratto e, segnatamente, al requisito della forma⁶⁹. L'adozione di un particolare modello per l'esternazione della proposta contrattuale rivolta al consumatore in determinati settori economici stabilisce, cioè, un ulteriore elemento ai fini della validità del contratto ed entra a far parte della sua struttura⁷⁰.

Ebbene, dinanzi allo smisurato aumento delle dimensioni dei mercati e del numero degli scambi che in essi hanno luogo quotidianamente, dinanzi alla complessità della struttura dei mercati stessi, l'esigenza della semplificazione diventa irrinunciabile: l'uso di schemi uniformi per tutti gli operatori economici di un determinato settore ha proprio la finalità di facilitare e di snellire il funzionamento dei meccanismi del mercato concorrenziale, agevolando il confronto che i consumatori sono chiamati ad effettuare tra i prodotti presenti sul mercato di un determinato bene.

È facile osservare che 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 concorren-

le), nel d.lg. 15 gennaio 1992, n. 50 (vendite porta a porta), e nel d.lg. 17 marzo 1995, n. 111 (viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso").

⁶⁹ Si esprimono in termini di «neo-formalismo» A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 48 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 2 ss.

⁷⁰ La forma costituisce sempre un requisito strutturale del contratto, quando richiesta a pena di nullità, secondo N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

ziale pregiudicando gli interessi dei concorrenti, dall'altro compromette in via immediata l'interesse del pubblico dei consumatori a manifestare le proprie preferenze disponendo di tutti i metri di giudizio relativi alla qualità dei beni e dei contratti⁷¹.

La normativa volta a stabilire gli obblighi d'informazione in capo ai soggetti più "informati" verrebbe allora a svolgere una duplice funzione benefica, sia sul rapporto individualmente considerato, riconducendo ad equilibrio la posizione delle parti, sia nei confronti dei terzi, interessati ad operare in quel determinato settore. 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 istituito 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», per usare le parole di Ascarelli. Ecco, allora, come efficacemente osservato, che «concorrenza delle imprese e preferenza dei consumatori sono lati dello stesso fenomeno»⁷².

In ordine alle conseguenze della violazione degli obblighi di informazione posti a carico del predisponente, va evidenziato come, in base alla disciplina comunitaria, non siano rinvenibili riferimenti precisi ad eventuali sanzioni da applicare in caso di mancata adozione dello schema volto a rendere edotto il consumatore circa il contenuto di determinate clausole. Il legislatore comunitario, infatti, ha preferito tacere al riguardo, lasciando che i legislatori nazionali individuassero i rimedi più opportuni per sanzionare il comportamento illegittimo del predi-

⁷¹ È stato rilevato in proposito da E. SCHWARTZ, *Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets*, in *J. Inst. Theoret. Econ.*, 1995, p. 31 ss., che le informazioni fornite circa i trattamenti giuridici per garantire la «qualità del contratto» (*legal informations*), corrisponderebbero, in linea di massima, alle indicazioni circa le caratteristiche del prodotto (*factual informations*), fornite mediante le etichette apposte sui prodotti stessi. Vedi, in tal senso, anche A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 30, il quale sostiene che «la forma e il formalismo negoziale assolvono per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura».

⁷² N. IRTI, *Persona e mercato*, cit., p. 294.

sponente. Tale silenzio ha comportato, come era prevedibile, un grave problema in sede di attuazione, sotto il profilo dell'impiego delle categorie civilistiche esistenti in tema di invalidità del contratto⁷³. Per chiarire i termini della questione basti pensare, ad esempio, alle direttive CEE in materia di credito al consumo (dir. 87/102 e dir. 90/88), ponendole in relazione al titolo VI del T.U. delle leggi per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia⁷⁴, il quale accoglie ed utilizza la categoria della nullità relativa, ovvero quel tipo di nullità azionabile dal solo consumatore⁷⁵.

Si considerino, invece, i criteri sui quali si fonda la norma contenuta nell'art. 1341 c.c.: essa ricollega l'efficacia delle clausole, predisposte da uno dei contraenti nei confronti dell'altro, alla *conoscibilità* e all'uso dell'*ordinaria diligenza* al momento della conclusione del contratto. Ebbene, tali criteri generali non sono più applicabili quando il contratto rientri nella normativa speciale, dettata, ad esempio, in attuazione della disciplina comunitaria in tema di credito al consumo. In casi del genere, infatti, l'obbligo di informazione posto a carico del predisponente comporta di necessità l'inserzione *nel* contratto di tutte le informazioni indispensabili affinché sia ristabilito l'equilibrio contrattuale e la scelta del consumatore sia consapevole⁷⁶.

⁷³ V., sul punto, P.M. PUTTI, *L'invalidità del contratto*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, III, cit., p. 452 ss.; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 293; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 28; S. PATTI, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1993; P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, a cura di P. Cendon, II, Milano, 1994, p. 1079; C. ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 54.

⁷⁴ Sul problema della nullità relativa in materia di credito al consumo, v. F. MACARIO, *Il credito al consumo*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, IV, cit., p. 74 ss.; ID., *Note introduttive e commento all'art. 124*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1994, p. 814.

⁷⁵ V., sul punto, D. MAFFEIS, *La risoluzione e il recesso nei contratti di finanziamento al consumo*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit., p. 98; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.lgs. n. 50/1992*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 152; V. RIZZO, *Commento sub art. 1469 bis, comma I*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, Padova, 1996, p. 17.

⁷⁶ V. F. MACARIO, *Il credito al consumo*, cit., p. 88.

Non si tratta, a ben vedere, di una disciplina che incide sull'autonomia negoziale, limitandola, ma di una normativa volta a garantire, attraverso la bontà delle singole operazioni negoziali, il presupposto della *trasparenza* del mercato. Il che equivale a dire che il legislatore si è preoccupato, oltre che di tutelare il singolo consumatore, di perseguire il fine della costruzione del "libero" mercato attraverso il rispetto delle "regole del gioco". È agevole, allora, constatare che, in considerazione dei profondi mutamenti intervenuti nel mondo degli scambi relativamente alle modalità delle relazioni economiche, la normativa comunitaria introduce nuovi principi e criteri, ai quali ancorare la disciplina dei contratti in cui una delle parti sia un consumatore, lasciando emergere in tal maniera problemi che sono difficilmente risolvibili in base allo strumentario giuridico fornito dal codice civile⁷⁷.

5. Le considerazioni che precedono si riferiscono ad una regolamentazione che ha ad oggetto il contratto, con riferimento alla predisposizione del testo negoziale, al fine di garantire la parità di posizione dei contraenti al momento della conclusione, ed evitare così distorsioni della concorrenza.

Un diverso ordine di considerazioni si prospetta con riguardo alla regolamentazione dell'attività svolta dall'imprenditore in vista della conclusione del contratto ed in funzione di questa⁷⁸. La distinzione tra atto ed attività riecheggia, a ben vedere, quella già posta da Ascarelli, con riferimento al rapporto fra teoria della concorrenza e teoria dell'impresa, per cui il singolo atto dell'imprenditore doveva essere considerato in relazione alla complessa attività d'impresa, propria ed altrui⁷⁹. In questa sede, in particolare, la contrapposizione tra atto e attività si pone in relazione al raggiungimento dello scopo di una cor-

⁷⁷ V. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 44, il quale rileva che la disciplina codicistica del contratto e la nuova disciplina comunitaria «rispondono a due logiche situazionali decisamente diverse: se la prima riflette una realtà economica in cui il mercato è già operante, la seconda è chiamata a guidare il processo di transizione ad un mercato compiuto, vale a dire è chiamata a dare strutturazione ad un mercato che ancora non c'è».

⁷⁸ Sulla distinzione tra atto e attività, v. G. AULETTA, *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 981; M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 107; F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999.

⁷⁹ V. T. ASCARELLI, *La disciplina giuridica della concorrenza*, cit., p. 22.

retta informazione dei consumatori e, quindi, della trasparenza del mercato. L'attività che viene in rilievo, a tal fine, è l'attività c.d. 'di contrattazione', che l'imprenditore esercita spontaneamente al fine di indirizzare le scelte del pubblico dei consumatori fornendo informazioni circa il proprio prodotto. Si tratta cioè del fenomeno della pubblicità commerciale⁸⁰.

Per lungo tempo la disciplina della pubblicità è rimasta ancorata al concetto di *dolus malus*, rilevante in quanto volto ad alterare l'equilibrio tra le posizioni delle parti nel singolo contratto oppure in quanto mezzo di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., coerentemente con la prospettiva individualistica che si trova alla base del nostro codice civile. L'uso smisurato della pubblicità, quale strumento destinato a svolgere un ruolo fondamentale nell'attività d'impresa e, quindi, ad incidere notevolmente sugli equilibri del mercato, ha fatto emergere il problema dell'inadeguatezza di una disciplina della pubblicità basata sui soli riflessi negativi del *dolus malus* sul negozio concreto, azionabile attraverso gli strumenti dei vizi della volontà e della responsabilità precontrattuale.

Il fenomeno della pubblicità, considerato in relazione all'inatteso sviluppo tecnologico dei mezzi di comunicazione, all'ampliamento dei mercati nonché alla centralità di posizione dell'atto di consumo nella società attuale, assume la veste importantissima di mezzo volto ad orientare i consumi, mediante la manipolazione dei bisogni e, dunque, ad incidere sulla concorrenza tra le imprese.

Si è detto che l'atto di consumo orienta l'intero ciclo economico ed in particolare l'attività di produzione, che dovrebbe basarsi sulla capacità di assorbimento del mercato in relazione ad un determinato prodotto. In realtà, tale capacità non è data dal reale bisogno che i soggetti avvertono di quel prodotto, ma è indotta attraverso una sapiente attività pubblicitaria da parte delle imprese: la persona è così resa in-

⁸⁰ Sulla disciplina della pubblicità commerciale nel nostro ordinamento, v., tra gli altri, F. CAFAGGI, V. CUFFARO e L. DI VIA, *Commentario al d. lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 in attuazione della direttiva n. 450/84*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1993, p. 671; M. FUSI, P. TESTA e P. COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole (commento al d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74)*, Milano, 1993; V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole (commento al d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74)*, Torino, 1994; S. GATTI, *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1061; V. ZENO-ZENCOVICH e F. ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991.

consapevolmente 'schiava' della logica consumistica⁸¹. Quest'ultimo profilo, pur attenendo più propriamente alla tutela della persona e ad aspetti sociologici della società dei consumi, piuttosto che alla tutela giuridica del consumatore in quanto tale, appare comunque riconducibile ad un problema di corretta informazione e di risanamento delle anomalie che si determinano nei mercati finali, in grado di creare a loro volta squilibri nell'intero sistema.

Sotto il profilo della disciplina privatistica, lo spostamento dell'angolo di osservazione dal singolo messaggio pubblicitario all'attività pubblicitaria dell'imprenditore⁸² ha condotto il legislatore comunitario a prevedere l'obbligo di conformare tale attività ad alcuni criteri, stabiliti nella direttiva 84/450, recepita in Italia con il d.lg. 25 gennaio 1992, n. 74 (Pubblicità ingannevole). Tali criteri, in particolare, sono intesi ad ottenere una pubblicità 'palese', 'veritiera' e 'corretta'⁸³.

Il punto cardine della disciplina della pubblicità, al pari di quella che impone gli obblighi informativi nei singoli contratti, risiede nel carattere vincolante delle informazioni fornite, in considerazione dell'importanza attribuita all'attività pubblicitaria e della sua rilevanza ai fini della scelta effettuata dai consumatori. Ne consegue la 'responsabilità' dell'imprenditore e dell'operatore pubblicitario, in caso di violazione della suddetta normativa, responsabilità azionabile individualmente o collettivamente dai concorrenti o dai consumatori, nonché dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e dalle altre pubbliche amministrazioni interessate⁸⁴.

È agevole osservare che una tutela così ampia, oltre a garantire in via diretta ed in modo più efficace gli interessi dei consumatori, è volta ad assicurare una corretta formazione del convincimento dei consuma-

⁸¹ Su questi profili, v. F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, cit., p. 433; M. CIACCI, *Consumismo*, in *Rass. it. soc.*, 1995, p. 113; R. SASSATELLI, *Processi di consumo e soggettività*, *ivi*, 1995, p. 169.

⁸² V., sul punto, F. CAFAGGI, V. CUFFARO e L. DI VIA, *Commentario al d. lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 in attuazione della direttiva n. 450/84*, cit., p. 671.

⁸³ Sulla base di questi criteri, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha emesso importanti provvedimenti volti ad inibire l'utilizzazione di messaggi pubblicitari ingannevoli: si vedano, ad esempio, il provv. n. 11204/02, il n. 10665/02 ed il n. 10973/02, pubblicati in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 559 ss.

⁸⁴ Cfr. A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 119.

tori stessi in ordine alle scelte che essi compiranno, in vista del corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale. Lo scopo è dunque, ancora una volta, duplice: il conseguimento di una tutela immediata dei consumatori nonché quello di tutelare il leale svolgimento della competizione tra i soggetti che operano nel mercato⁸⁵.

6. La politica comunitaria per la creazione di una unione economica, come accennato, si svolge sulla base dei principi enunciati nei Trattati, nel 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. Il modello cui si è ispirata la Comunità europea, 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 comunitaria, invece, la tutela della concorrenza appare strumentale allo scopo della costruzione del mercato comune prima e del mercato unico poi; in altre parole, le intese e gli abusi sono vietati in quanto siano pregiudizievoli del libero commercio all'interno della Comunità, ma sono ammessi laddove possano promuovere il progresso tecnico ed economico⁸⁶.

In particolare, l'attività della Comunità mira alla strutturazione del mercato unico muovendo dalla conformazione dei singoli mercati nazionali, come espressamente stabilito dall'art. 3 Tratt. CE, lett. g):

⁸⁵ In tal senso, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 64. V., anche, A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 31, nonché A. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d. lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 421, il quale, richiamando il pensiero di Ascarelli, osserva che la normativa sulla pubblicità ingannevole appare effettivamente volta a realizzare un indispensabile bilanciamento di interessi tra categorie imprenditoriali e non, apprestando un'ampia tutela nei confronti di tutti i soggetti del mercato, a differenza di quanto avviene nella legge *antitrust*, in cui non è dato rinvenire una tutela diretta del consumatore.

⁸⁶ V., sul punto, F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli Usa*, Bologna, 1988; A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Cee*, Napoli, 1983; G. GHIDINI e S. HASSAN, *Diritto industriale e della concorrenza nella Cee*, Milano, 1991; L. VAN BAEL e J.F. BELLIS, *Competition law of the EEC*, II, London, 1990.

«l'azione della Comunità comporta [...] un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno»⁸⁷. Ai legislatori degli Stati membri è stato, pertanto, affidato il compito di emanare una disciplina adeguata, in applicazione dei principi comunitari sopra richiamati.

Il ritardo con il quale il legislatore italiano ha adempiuto a tale compito appare del tutto singolare se si tiene conto dei progetti *antitrust* elaborati già negli anni '50, tra i quali 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, il cui presupposto è la garanzia di una posizione paritaria delle imprese pubbliche e private sul mercato⁸⁸.

L'esigenza di una deregolamentazione del mercato, emersa in modo particolare negli anni '80, e la conseguente esigenza di stabilire le modalità della competizione tra le imprese, ha condotto infine all'approvazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Tale legge, sin dalla sua emanazione, è stata al centro di ampie polemiche, sia per ciò che riguarda il suo ambito di applicazione⁸⁹, sia per il fatto che, pur dichiarandosi espressamente «attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (art. 1), dispone che

⁸⁷ Per l'interpretazione dei principi dei Trattati in materia di concorrenza, fornita dagli organi comunitari, v. M. DE VITA, *La giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza nel 1996*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 439 ss. V. anche G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, p. 141 ss.

⁸⁸ A questo proposito, si veda l'art. 90 del Trattato CE, il quale 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».

⁸⁹ Sul punto, v. spec. A. FIALE, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, Napoli, 1990; M. BIN, *Antitrust: la normativa italiana sulle concentrazioni ha un qualche reale ambito di applicazione?*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 1 ss.; F. BORTOLOTTI, *Antitrust: la normativa italiana sulle concentrazioni ha un qualche reale ambito di applicazione? Risposta a Marino Bin*, *ivi*, p. 965 ss.; F. MUNARI, *La legge n. 287/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario. Primi appunti*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 178; F. DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema "tecnico"*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 925.

siano utilizzati per la sua interpretazione i principi dell'ordinamento comunitario⁹⁰.

Non potendo dar conto in questa sede delle molteplici interpretazioni cui si prestano le singole norme di questa legge, si vuole qui indagare più semplicemente quali siano i principi fondamentali cui tale normativa è ispirata per scoprirne i punti di contatto con il disegno ascarelliano di legge antimonopolistica, al fine di verificare come si venga ancora svolgendo nella legislazione il pensiero di Ascarelli e quanto siano preziosi ancora oggi i suoi insegnamenti⁹¹.

La legge 90/287 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. È soprattutto sotto il primo profilo che tale normativa appare recare in sé l'impronta degli studi ascarelliani in tema di concorrenza e consorzi, sfociati nel progetto di legge del 1955⁹². È agevole constatare, infat-

⁹⁰ In particolare, v. N. IRTI, *Persona e mercato*, cit., p. 284 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, p. 315; ID., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 543; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327 ss.; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, p. 97 ss.

⁹¹ Come osserva B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, cit., p. 303.

⁹² Ai fini del raffronto è opportuno richiamare alla memoria i punti focali dei due testi:

Art. 2, l. 90/287: «Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. / Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. / Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

ti, come in entrambi i testi la qualifica di illiceità non sia attribuita in assoluto a tutte le intese che intervengano tra più imprenditori per regolare la reciproca posizione nel mercato di un determinato bene, bensì sia attribuita al solo scopo di impedire che risulti alterato il libero gioco della concorrenza. L'importanza di questo principio emerge, come accennato, dal confronto con quello posto alla base della legislazione *antitrust* americana, che mira a colpire le intese in quanto tali. Nel nostro ordinamento, invece, come correttamente rilevato, «il fondamento della anti giuridicità di intese e concentrazioni "negoziali" non si coglie nella (sola) causa (a volte addirittura "tipica" e comunque non incompatibile con un giudizio di meritevolezza) ma nel concreto effetto (anticoncorrenziale) o meglio in una "quantità" dell'effetto»⁹³. Ed infatti, la legge 90/287 all'art. 4 (in applicazione dell'art. 85 Tratt. 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».

Art. 1 del progetto di legge del 1955: «Sono vietati in qualunque luogo convenuti e deliberati, i contratti e accordi tra imprenditori, le clausole di contratti tra imprenditori, le decisioni di associazioni di imprenditori, le pratiche concertate tra imprenditori, che mirino, e seppure indirettamente, a escludere o restringere la reciproca concorrenza tra più imprenditori sul mercato italiano, quali quelli che fissino i prezzi di materie prime, merci o prodotti, disciplinino le quantità producibili o collocabili sul mercato, regolino gli investimenti, ripartiscano le zone, i prodotti, i clienti ovvero ripartiscano le fonti, ovunque situate, di approvvigionamento o di energia. Sono nulli i contratti, le clausole contrattuali e le deliberazioni, vietati dal comma precedente. [...] Le disposizioni del primo comma colpiscono anche i patti di licenza reciproca esclusiva di brevetti, nonché le imposizioni o le discriminazioni di prezzi per la rivendita, sempre che ricorra l'intento di raggiungere, seppure indirettamente, la finalità indicata nel primo comma». Il progetto ascarelliano è pubblicato in *Riv. soc.*, 1956, p. 602 e in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, cit., II, p. 933.

⁹³ Così G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, cit., p. 546, il quale evidenzia, inoltre, come l'illiceità delle intese e concentrazioni sia da porre in relazione con il concetto di «utilità sociale» del comma 2 dell'art. 41, il cui contenuto è specificato dalla concreta lesione degli interessi dei concorrenti: la condanna del comportamento si fonda, pertanto, sulla contrarietà al canone dell'utilità sociale.

Ascarelli, dal canto suo, evidenziava come la sanzione della nullità dovesse colpire le intese «sempre che ricorra l'intento di raggiungere, seppure indirettamente, la finalità [...] di escludere o restringere la reciproca concorrenza», giungendo, invece, a considerarne la funzione positiva in altri casi: sappiamo, ad esempio, come l'Autore abbia attribuito, a suo tempo, ai consorzi un ruolo fondamentale nel sistema economico nazionale⁹⁴. Non vi è, allora, uno schema tipico di contratto vietato, ma piuttosto atti e comportamenti vietati in quanto anticoncorrenziali, in qualsiasi tipo di accordo essi si manifestino⁹⁵. Ecco perché si parla di «pratiche concertate», di «attività» nonché di deliberazioni di consorzi, associazioni ed altri organismi similari.

Lo scopo è, dunque, di impedire che anche (e forse soprattutto) in via indiretta si possano verificare, da un lato, 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; dall'altro, disfunzioni nella condizione della pluralità dell'offerta, essenziale al funzionamento del mercato concorrenziale, intesa quest'ultima quale diversificazione non solo dei prodotti, ma anche delle modalità di vendita dei prodotti stessi. Sotto questo profilo, l'adozione di comportamenti uniformi nelle decisioni e strategie commerciali può avere, infatti, per effetto l'appiattimento dell'offerta sul mercato di un determinato bene⁹⁶, con la conseguenza di limitare la libertà di scelta dei consumatori, ed è, pertanto, sanzionabile con la nullità anche, ad esempio, quando sia posta in essere mediante strumenti di per sé leciti⁹⁷.

⁹⁴ Sul problema della liceità dei sindacati industriali, riguardato nell'ambito della più ampia questione dell'origine del contratto plurilaterale, v. A. BARBA, *Appunti sull'origine del contratto plurilaterale*, cit., p. 13.

⁹⁵ V., sul punto, R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 63.

⁹⁶ A tal fine il mercato di un bene o servizio è individuato in base al criterio della «sostituibilità» e «intercambiabilità» dei prodotti. Cfr. A. FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti, e imprese pubbliche nelle decisioni dell'A.G.C.M.*, in *Antitrust between EC law and national law*, Milano, 1998, p. 105 ss.

⁹⁷ Così, ad esempio, è stata definita «intesa» sanzionabile di nullità quella attuata mediante operazioni di partecipazione al capitale azionario di altra società, fuori dell'ipotesi della concentrazione. Vedi *Titanus Distribuzione/Cinema 5*, Rif. I109, 1995/2881, in *Boll.*, 1991/14 e *Ignazio Parmalat/Granarolo Felsinea*, Rif. I114, 1994/2415, *ivi*, 1994/43. Per una panoramica delle fattispecie vietate a giudizio dell'Autorità Garante, v. G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione*

L'intento del legislatore del '90 appare, pertanto, di tutelare in via diretta gli interessi delle imprese ed in via indiretta quelli dei consumatori, attraverso la garanzia del corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, nell'ambito del processo di "strutturazione" del mercato, attuato in vista del raggiungimento degli obiettivi economici e sociali delineati a livello comunitario. La realizzazione congiunta degli interessi di imprese e consumatori mediante l'emanazione di una disciplina intesa a stabilire le 'regole del gioco', a ben vedere, corrisponde, nelle linee generali, esattamente alla costruzione ascarelliana del mercato, come quadro unitario, raccordato intorno al fondamentale principio della concorrenza, nel quale trovano soddisfazione sia l'interesse privato delle imprese che l'interesse generale del pubblico dei consumatori.

Ma vi è di più: a garanzia del rispetto delle regole stabilite per il buon funzionamento del mercato, Ascarelli prevedeva l'istituzione di una Commissione di sette membri, nominati dal Presidente della Repubblica, che avrebbero dovuto vigilare sull'osservanza della normativa *de qua*, provvisti di particolari credenziali «di sicura competenza e assoluta indipendenza»: il progetto conteneva, pertanto, anche le disposizioni relative all'adempimento delle funzioni proprie di tale organo. Ebbene, non è difficile riconoscere nell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, istituita dalla legge 90/287, quella Commissione di cui Ascarelli aveva delineato i caratteri ed il *modus operandi* circa quarant'anni prima della sua effettiva introduzione nell'ordinamento italiano⁹⁸.

Nell'ottica della costruzione di un mercato che realizzi la condizione della libertà di scelta dei consumatori attraverso la tutela del meccanismo concorrenziale, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 90/287 si è posto il problema di verificare se tale normativa sia suscettibile di un'applicazione in senso ampio, ovvero se tra i destinatari della tutela apprestata in via diretta dal legislatore mediante tali norme possano rientrare o meno anche i consumatori⁹⁹. Dalla risposta affer-

dominante (l. 10.10.1990 n. 287), in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 377 ss.

⁹⁸ Si vedano, in particolare, gli artt. 3 e 4 del progetto, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, cit., II, p. 934 s.

⁹⁹ Sul problema si era già pronunciato Ascarelli, sostenendo che «la nullità del consorzio dovrebbe poter essere invocata da qualunque interessato» (ID., *Disciplina*

mativa a tale quesito, come appare doversi desumere dal tenore delle disposizioni in esame e dai principi in base ai quali esse vanno interpretate, scaturisce l'altra questione del diverso tipo di tutela da apprestare a seconda che il destinatario sia un consumatore o un'impresa concorrente, ed in quest'ultimo caso occorre poi verificare se il pregiudizio sia stato sofferto in via diretta, in qualità di controparte dell'autore dell'abuso, oppure se sia scaturito dalla generale alterazione del meccanismo concorrenziale: ciò che va sottolineato è il legame sempre più stretto fra tutela del consumatore e tutela del concorrente, che convergono nell'unico risultato della realizzazione della correttezza del mercato¹⁰⁰.

Alla luce dei principi costituzionali e dell'ordinamento comunitario, cui dichiara di ispirarsi la normativa in esame, si è dunque pervenuti alla conclusione che le regole *antitrust* siano dettate sia nell'interesse delle imprese sia dei consumatori, tenuto conto altresì del tenore degli artt. 12 e 33 della legge¹⁰¹. A tal fine, è stata avanzata anche l'ipotesi – contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza¹⁰² –

delle società per azioni e legge antimonopolistica, cit., p. 929). Sul punto, tra gli altri, v. A. TOFFOLETTO e A. STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge 'antitrust'*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, p. 227 ss.; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 217 ss.; G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1 ss.; ID., *Linee per una legislazione antimonopolistica in Italia*, in *Dir. ed econ.*, 1988, p. 319 ss.; F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli Usa*, cit., p. 10 ss.; V. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 40 ss.

¹⁰⁰ Sul punto, G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, cit., p. 553.

¹⁰¹ V. spec. A. TOFFOLETTO e A. STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge 'antitrust'*, cit., p. 240 e G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, cit., p. 10. Ma, v. A. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza*, cit., p. 426, il quale ritiene che, non potendosi rinvenire una tutela diretta del consumatore nella legge antitrust così come nella disciplina codicistica concorrenziale, se ne deve dedurre «una sfiducia che il legislatore continua a manifestare per una piena tutela dell'interesse del consumatore nella disciplina del mercato imprenditoriale».

¹⁰² Va segnalata, al riguardo, l'ordinanza Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 59, la quale ha escluso l'interesse delle associazioni dei consumatori nelle questioni relative alla correttezza dei rapporti economici del mercato. V., inoltre, con riguardo all'esclusione della tutela inibitoria, App. Milano, 18 luglio 1995, *Telesystem s.p.a./SIP s.p.a.*, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p. 1141 e App. Milano, 21 marzo 1997, *Climasystem s.r.l./SENAF s.r.l.*, *ivi*, 1997, p. 637.

che vi possa essere un collegamento tra la normativa in questione e quella successiva (l. 30 luglio 1998, n. 281), che disciplina i diritti dei consumatori e degli utenti ed attribuisce, in particolare, alle associazioni dei consumatori la legittimazione ad agire a tutela di interessi collettivi¹⁰³; va segnalato, peraltro, come già prima dell'entrata in vigore di tale legge fosse stata comunque sostenuta la possibilità di esperire i rimedi previsti dalla legge *antitrust* da parte delle associazioni dei consumatori, argomentando dall'art. 2601 c.c., in tema di concorrenza sleale¹⁰⁴, nel senso di estendere la nozione di «associazioni professionali» a quelle dei consumatori, oltre che degli imprenditori¹⁰⁵.

7. Nella prospettiva di un'intima connessione tra rafforzamento del principio della concorrenza e tutela dei consumatori, di cui troviamo anticipazioni nel pensiero di Ascarelli, sembra opportuno accennare all'incidenza che alcune leggi di matrice comunitaria, emanate nell'ambito della legislazione c.d. consumeristica, possono avere sul funzionamento del meccanismo concorrenziale.

A questo proposito, va innanzitutto evidenziato che la disciplina denominata in senso ampio «tutela del consumatore» non deve essere considerata semplicemente quale statuto di un nuovo soggetto (peraltro, non identificabile in modo preciso), che si contrappone ed afferma i propri diritti nei confronti della categoria degli imprenditori e a svantaggio di questi, bensì come una disciplina avente quale scopo ultimo la strutturazione di un mercato in cui possano emergere i soggetti economicamente più degni. In quest'ottica, ad esempio, la normativa denominata «Dei diritti dei consumatori e degli utenti» (l. 31 luglio 1998, n. 281), sebbene tra imprecisioni lessicali e con-

¹⁰³ In tal senso, A. TOFFOLETTO e A. STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge 'antitrust'*, cit., p. 242.

¹⁰⁴ Art. 2601: «Quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria».

¹⁰⁵ V. P.G. JAEGER, *Intervento*, in AA.Vv., *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, p. 131 ss.; v., anche, G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1991, p. 388 ss., il quale argomenta, invece, dal principio di uguaglianza dell'art. 3 cost.

cettuali¹⁰⁶, può costituire a ben vedere un mezzo indiretto di garanzia del buon funzionamento della concorrenza, se solo si ponga attenzione agli strumenti di tutela giurisdizionale *ivi* previsti. Tali strumenti, infatti, non sono destinati ad incidere sulle singole situazioni soggettive dei consumatori: oggetto della tutela risulta il solo interesse collettivo dei consumatori, azionabile da parte delle associazioni a ciò legittimate. La legge non prevede una tutela risarcitoria, ma solo una tutela di tipo inibitorio ed eventualmente una di tipo restitutorio dello stato di fatto *quo ante*.

In particolare, lo strumento generale della tutela inibitoria è volto, per sua natura, ad evitare il reiterarsi di atti e comportamenti in qualche modo dannosi. Nel caso di specie, lo scopo è di impedire per il futuro azioni lesive dei diritti indicati nell'art. 1 della legge medesima, ovvero i diritti: «a) alla salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità e di efficienza»¹⁰⁷.

L'eventuale lesione di tali diritti, tra i quali compaiono quello all'*informazione*, alla corretta *pubblicità*, alla correttezza e *trasparenza* nei rapporti contrattuali, incidendo direttamente sulla libertà di scelta dei consumatori, avrebbe mediatamente ripercussioni negative sulla strutturazione del mercato, che, invece, il legislatore mira a tutelare in via primaria. La suddetta legge, pertanto, pur non avendo una valenza immediata e diretta nell'area contrattuale, appare comunque destinata a gravare sul regime dei contratti stipulati dai consumatori, dal momento che tra i diritti c.dd. 'fondamentali' ve ne sono alcuni, come quelli previsti alla lett. e), che possono manifestarsi esclusivamente in occasione dello svolgimento di rapporti contrattuali¹⁰⁸.

¹⁰⁶ In proposito, vedi la critica svolta da S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 295 ss.

¹⁰⁷ Art. 1 l. 30 luglio 1998, n. 281.

¹⁰⁸ Cfr. G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *I Contratti*, 1998, p. 545 ss. Sul punto, v. anche G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 998 ss.

Va rilevato, al riguardo, che, se il c.d. diritto all'equità appare rivolto ad attuare un tipo di tutela paternalistico nei confronti della *parte debole* del contratto¹⁰⁹, in quanto diretto a sindacare l'equilibrio contrattuale tra le prestazioni¹¹⁰, l'attribuzione ai consumatori di un diritto all'informazione e alla trasparenza nei rapporti economici appare, invece, inserirsi a pieno titolo nel processo di elaborazione del diritto del mercato come diritto improntato al principio della libertà di scelta e, quindi, all'*autoresponsabilità*¹¹¹.

In verità, ciò che si vuole qui ribadire è che soltanto apprestando gli strumenti per tutelare la libertà del consenso si può giungere a correggere le anomalie derivanti da uno squilibrio iniziale delle posizioni contrattuali, senza incidere sull'autonomia negoziale. A tal fine, come già evidenziato, il mezzo più idoneo appare quello di fornire un'informazione corretta ed adeguata che conduca ad un'autodeterminazione consapevole del consumatore: in questa prospettiva, la tutela inibitoria azionabile da parte delle associazioni dei consumatori per far cessare comportamenti lesivi del diritto alla trasparenza del mercato, può costituire un valido supporto all'eliminazione della disparità tra le parti sul piano cognitivo¹¹².

8. Nell'ambito degli interventi legislativi che si è soliti riferire alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e che possono perciò deter-

¹⁰⁹ V., sul punto, S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 295 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.

¹¹⁰ Il dibattito sul punto è ampio: per la dottrina favorevole all'introduzione di un controllo sostanziale sull'equivalenza delle prestazioni, v. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, I, p. 84 ss.; G. ALPA, *La protezione della parte debole*, in M.J. BONELL e F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, 1997, p. 241 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., p. 417 ss.; A. SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 141 ss.

¹¹¹ Per la costruzione del diritto del mercato come diritto dell'autoresponsabilità, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 75, secondo il quale «i soggetti, che stipulano negozi di scambio, scelgono l'una o l'altra merce, l'uno o l'altro prezzo: chi sceglie, decide, chi decide, assume il rischio della propria preferenza». V., anche, ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss.

¹¹² L'importanza degli strumenti di accesso alla giustizia, in tal senso, è evidenziata da G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 90.

minare restrizioni della libertà di svolgimento dell'attività economica, in conformità del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41 cost., si è inteso far rientrare anche la legge 6 aprile 1996, n. 52 sulla disciplina delle clausole vessatorie.

Tale intervento, la cui finalità è stata individuata nell'esigenza di governare la «sostanziale correttezza giuridica del contratto», è stato finanche accostato a quelli rivolti alla protezione della salute e sicurezza dei consumatori, nel ruolo comune di «polizia del mercato»¹¹³. Ed invero, tale disciplina – emanata in attuazione della direttiva CE 93/13 ed inserita all'interno del codice civile agli artt. 1469 *bis* ss. – più che regolare semplicemente le *modalità* di svolgimento dell'attività economica, sembra introdurre un più vigile controllo di carattere sostanziale sulla stipulazione dei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari (c.dd. contratti per adesione)¹¹⁴, accanto al controllo di carattere formale previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c., incidendo in tal modo sull'autonomia privata¹¹⁵. La finalità di riequilibrare le

¹¹³ Vedi A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 66, il quale ha sostenuto che «come per ciò che riguarda la salvaguardia della qualità del prodotto, è comunque indispensabile assicurare il rispetto di alcuni standard minimi, indipendentemente dal prezzo concordato, analogamente ciò deve avvenire per quel che riguarda il trattamento giuridico del rapporto contrattuale, nel quale è necessario comunque che vi sia un adeguato equilibrio tra le rispettive situazioni giuridiche delle parti, ossia dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

¹¹⁴ Sulla posizione della disciplina delle clausole vessatorie all'interno del nostro ordinamento la letteratura è molto vasta: v., tra gli altri, A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, Napoli, 1996; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994; U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469 bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, 1997; da ultimo, v. G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. del cod. civ.* Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, ed *ivi* ulteriore bibliografia.

¹¹⁵ V., sul punto, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 194, il quale rileva come l'esigenza di apprestare una tutela ai soggetti "deboli" comporti la previsione di limiti penetranti all'autonomia privata e come il ricorso a misure di tutela non risarcitoria si traduca in una ben più pregnante compressione della libertà contrattuale; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., p. 5 ss., secondo il quale i controlli "di contenuto", tipici della legislazione consumeristica tendono a diventare un pesante limite alla libertà contrattuale; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, segnala che tale disciplina introduce «limiti alla libertà contrattuale delle grandi

posizioni contrattuali delle parti è apparsa giustificare, pertanto, un sindacato sul contenuto del contratto predisposto unilateralmente dal 'professionista', espungendo dal testo le clausole qualificate come vessatorie.

Si tratta, a ben vedere, di un intervento che segue una linea direttrice parzialmente diversa da quella intrapresa dal legislatore comunitario nell'attuazione del processo di strutturazione del mercato. Ed infatti, mentre altre discipline emanate nell'ambito della legislazione c.d. consumeristica¹¹⁶ appaiono dirette a rafforzare la posizione dei consumatori nel mercato, fornendo loro gli strumenti per acquisire coscienza del ruolo fondamentale di 'arbitri' della competizione tra le imprese, nel caso della legge sulle clausole vessatorie, considerata sotto il profilo della consapevolezza della scelta dei consumatori, essa sembrerebbe segnare quasi un'inversione di tendenza, inserendosi nel quadro di una tutela 'paternalistica', volta cioè a soccorrere la 'parte debole' più che a responsabilizzarla, dal momento che la suddetta normativa tende a stabilire una valutazione nel merito delle singole clausole, sostituendosi quasi ai consumatori nel giudizio di convenienza: l'art. 1469 *bis* c.c. riproduce, infatti, una lista di clausole che «si presumono vessatorie fino a prova contraria», mentre l'art. 1469 *quinquies* ne qualifica altre come *inefficaci*, a vantaggio del consumatore¹¹⁷.

imprese in un'ottica – nuova per il sistema italiano – di sanzione dell'abuso del diritto»; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., che avverte l'apertura di una breccia alla penetrazione nella sfera degli atti di autonomia privata, *sub specie* di *iudicium bonae fidei*, del sindacato del giudice sugli interessi in gioco. V., anche, A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, cit., 2001, p. 263 ss.; ID., *L'involutione liberista del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 259 ss.

¹¹⁶ Si vedano, tra le altre, le discipline relative al credito al consumo (l. 19 febbraio 1992, n. 142), al settore bancario e assicurativo (d.lg. 1 settembre 1993, n. 385), alla pubblicità ingannevole (d.lg. 25 gennaio 1992, n. 74 – dir. 84/450), alle vendite porta a porta (d.lg. 15 gennaio 1992, n. 50 – dir. 85/577), ai marchi registrati (d.lg. 4 dicembre 1992, n. 480 – dir. 89/104), ai viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» (d.lg. 17 marzo 1995, n. 111 – dir. 90/314), alle «norme per l'informazione del consumatore» (l. 10 aprile 1991, n. 126), all'indicazione dei prezzi dei prodotti non alimentari (d.lg. 27 gennaio 1992, n. 78 – dir. 88/314), nonché alla vendita dei beni di consumo (d.lg. 2 febbraio 2002, n. 24 – dir. 99/44).

¹¹⁷ Per le diverse interpretazioni che sono state date in dottrina riguardo al significato da attribuire alla disciplina sulle clausole vessatorie, si vedano, tra gli altri, V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995,

Non si vuole qui discutere circa l'opportunità di introdurre una disciplina che limitasse gli abusi connessi alla contrattazione standardizzata, ma semplicemente evidenziare le perplessità che tale normativa ha suscitato nella dottrina all'indomani della sua emanazione, con riferimento agli strumenti utilizzati per la realizzazione della tutela dei consumatori nonché in ordine ai criteri prescelti per attribuire alle clausole medesime la qualifica di vessatorietà, ossia la «buona fede» e il «significativo squilibrio»¹¹⁸.

Riguardata sotto un profilo complessivo, tuttavia, la disciplina delle clausole vessatorie assume una rilevanza particolare, in quanto appare

I, p. 1; F.D. BUSNELLI e U. MORELLO, *La direttiva 93/13 Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 369; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 523; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, 2, p. 431; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277.

¹¹⁸ Le perplessità s'incentrano principalmente sulla scelta relativa alla sua collocazione, sul concetto di «significativo squilibrio dei diritti ed obblighi» in rapporto alla «buona fede», sulla tassatività o meno dell'elenco, sui criteri interpretativi delle clausole, sul modo di attuare la tutela inibitoria, sul concetto di «rappresentatività» delle associazioni dei consumatori nonché sulla nozione stessa di «consumatore». La letteratura è vastissima: tra gli altri, G. ALPA, *Breve glossa*, in *Il recepimento della direttiva*, Appendice a C.M. BIANCA e G. ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, p. 711; S. PATTI, *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, II, cit., p. 833; B. CAPPONI, M. GASPARINETTI e M. VERARDI, *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995; E. CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469 bis ss.)*, cit.; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 45 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83; V. RIZZO, *Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nella clausole generale dell'art. 1469-bis c.c.: un collegamento "ambiguo" da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 509 ss.; L. MENGONI, *La disciplina delle clausole abusive e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. giur. ENEL*, 1997, p. 301, il quale evidenzia la commistione tra buona fede ed equità contrattuale; P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 827, il quale rileva come il nuovo diritto dei contratti sia volto ad assicurare un equilibrio giusto, un'equità del rapporto e, quindi, una tutela della persona; V. ROPPO, *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, p. 83 ss. (cfr. anche bibliografia cit. alle note 114 e 115).

volta ad innovare in maniera decisiva la disciplina del contratto, anzi, a porre la premessa definitiva per la scomposizione del contratto in piú categorie, avendo introdotto all'interno del codice civile un nuovo ordine di contratti denominati appunto «contratti dei consumatori», la cui natura è affatto diversa dal contratto disciplinato dagli artt. 1321 ss.

Per quanto rileva ai fini della presente indagine, ovvero in ordine alla creazione delle condizioni per il corretto funzionamento del mercato concorrenziale, le disposizioni raccolte sotto il titolo «Dei contratti del consumatore», piú che rivolte a promuovere la condizione della *libertà di scelta* dei consumatori all'interno del mercato, sembrano dirette a garantire un'altra condizione, anch'essa indispensabile per il funzionamento del mercato concorrenziale, ovvero la *pluralità dell'offerta*, nel senso della necessaria presenza di una molteplicità di prodotti che si diversifichino sia per le caratteristiche intrinseche dei beni sia per il trattamento giuridico riservato al consumatore, ciò che costituisce un imprescindibile presupposto affinché i destinatari possano manifestare la propria preferenza, cioè esercitare il *potere di scelta*. Laddove, infatti, nel mercato di un determinato bene o servizio, si sia in presenza di formulari, che, sebbene predisposti da diverse imprese concorrenti, contengano clausole dal contenuto uniforme e pregiudizievole degli interessi dei consumatori, rimarrebbe preclusa a questi ultimi la possibilità di effettuare una valutazione comparativa delle proposte provenienti dalle imprese operanti nel settore, risultando con ciò compromessa la stessa finalità della concorrenza.

Orbene, considerato in questa prospettiva, il suddetto intervento legislativo trova la sua giustificazione nell'esigenza di colpire quella pericolosa disfunzione del meccanismo concorrenziale, consistente nella uniformità dell'offerta con la conseguente riduzione, fin quasi ad annullarsi, della possibilità di comparazione da parte del consumatore.

9. Le considerazioni sopra svolte impongono al giurista di prendere coscienza dell'affermarsi di un nuovo diritto dei contratti, determinato dalla pressione esercitata in tal senso dalla legislazione comunitaria. Una pressione che si rivela del tutto nuova ed inattesa, sebbene il nostro codice civile abbia già attraversato altri e gravi momenti di crisi, uscendone indenne e, diremmo forse, rafforzato. È noto, ad esempio,

il fenomeno della decodificazione¹¹⁹, che ha condotto alla nascita di 'microsistemi' di norme al di fuori del codice (pensiamo, ad esempio, alle normative in tema di locazione, contratti agrari, contratto di lavoro). Le leggi speciali, scaturite da un'ideologia diversa da quella che sorregge l'architettura codicistica, non erano, tuttavia, riuscite ad intaccare la struttura portante della disciplina generale del contratto, come sembra stia accadendo, invece, di fronte alla nuova disciplina contrattuale nata sul terreno comunitario. La nuova legislazione a tutela del consumatore sembra, infatti, assumere i caratteri di un fattore destabilizzante del diritto interno dei contratti, nei suoi elementi cardine, quali la conclusione, la forma, l'invalidità, lo scioglimento, l'inadempimento ed il conseguente risarcimento¹²⁰.

Tale processo è stato avviato sulla base del riconoscimento di particolari qualità dei contraenti, idonee ad individuare una nuova categoria contrattuale che segue regole diverse da quelle della disciplina tradizionale del contratto. Il diritto comunitario ha svolto dunque un ruolo determinante nella scomposizione della figura del contratto in diverse categorie, che si distinguono in base all'ambito di operatività ed in base ai soggetti cui si riferiscono le relative normative. 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 del contratto così come tramandato dalla tradizione e fissato nel codice civile.

Nel raffronto tra la disciplina consumeristica di origine comunitaria e la disciplina codicistica, è possibile individuare alcune differenze sostanziali con riferimento ai vari momenti della vita del contratto, ciò che consente di poter affermare con ragionevole certezza l'impossibili-

¹¹⁹ Sul quale si vedano N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986.; ID., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1999, spec. p. 4 ss.; P. RESCIGNO, *La "forma" codice: storia e geografia di una idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 29 ss.

¹²⁰ Sul punto, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, II, cit., p. 1255 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss.; N. SCANNICCHIO, *Mercato comune, mercato unico e tecniche di integrazione del diritto privato in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 415 ss.

tà di ricondurre ad unità le figure contrattuali tradizionali e quelle emergenti¹²¹.

Basti pensare, ad esempio, con riguardo al momento della formazione dell'accordo, alla disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed a quella dei contratti a distanza, che, da un lato tengono conto di modalità di conclusione del negozio che poco o nulla hanno a che fare con il procedimento previsto dagli artt. 1326 ss. c.c., e dall'altro, introducono il principio della revocabilità della proposta, in contrasto con la disposizione dell'art. 1329 c.c., il quale non troverà più applicazione in quelle fattispecie in cui una parte sia un 'consumatore'¹²²; gli stessi obblighi di informazione, sopra menzionati, introdotti dalle direttive comunitarie nei vari settori economici testimoniano la distanza delle due normative nella disciplina della formazione del contratto.

Per citare un altro elemento del contratto che ha subito profondi mutamenti nella disciplina dei nuovi contratti, ovvero la forma, la legislazione comunitaria evidenzia, da un lato, l'impiego di strumenti meccanici, informatici e telematici nella conclusione del contratto (ciò che apre l'orizzonte a problemi gravi ed inattesi)¹²³ ed amplia, dall'altro, notevolmente l'ambito di operatività della forma scritta, ben oltre i limiti dell'art. 1350 c.c., fino a prevedere in alcuni casi i caratteri tipografici da utilizzare per la stampa.

Ancora, pensiamo alle limitazioni che subisce il rinvio agli usi, al diverso regime delle eccezioni opponibili dal consumatore, alla revocabilità degli ordini di pagamento con carta di credito o all'esercizio del diritto di recesso nelle nuove discipline¹²⁴, nonché all'introdu-

¹²¹ V. G. DE NOVA, *Dieci "voci" per una tavola rotonda su "Il nuovo diritto dei contratti"*, in G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 814, il quale evidenzia alcuni punti che corrispondono ad altrettante significative novità in materia contrattuale.

¹²² Sul punto, v. spec. F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, IV, cit., p. 30 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit.; A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995.

¹²³ Sul contratto telematico, v., tra gli altri, R. CLARIZIA, *Contratto informatico*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 245 ss.

¹²⁴ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1263 ss.

zione di principi del tutto innovativi in tema di invalidità ed inefficacia del contratto¹²⁵. A quest'ultimo proposito va rilevato come la tradizionale distinzione tra nullità e annullabilità risulti profondamente alterata dall'introduzione delle figure della *nullità parziale necessaria* e della *nullità relativa*.

Ebbene, se consideriamo le profonde innovazioni apportate alla disciplina del contratto non come delle eccezioni, sia pure rilevanti, al regime tradizionale, ma come espressione di un nuovo sistema contrattuale, che si fonda su propri principi, diventa necessario riflettere sui fattori che inevitabilmente conducono ad un nuovo assetto del diritto privato¹²⁶.

Si delincono così due distinte sfere giuridiche, diremmo due mondi, che corrispondono a due diverse finalità dell'agire umano: da un lato, la sfera dei rapporti privatistici in senso stretto, in cui domina l'applicazione di quei concetti e regole, risalenti al diritto romano, e che consistono in unità giuridiche elementari ormai acquisite, quasi che da esse non sia più possibile prescindere; dall'altro, la sfera dei rapporti economici che si svolgono all'interno del mercato e che necessitano di altre regole, rispondenti a logiche che vanno oltre l'elementarità dello scambio individuale.

Si tratta di esperienze profondamente diverse che richiedono, pertanto, leggi regolatrici diverse. 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 merca-

¹²⁵ Sull'inadeguatezza delle categorie tradizionali in materia di invalidità, la letteratura giuridica è ampia: v., tra gli altri, S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, Milano, 1993; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 482 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 110 ss.

¹²⁶ Si veda la riflessione di L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., p. 8, il quale osserva che «gli interventi del legislatore comunitario, mentre introducono nel sistema dogmatico del nostro diritto privato un nucleo di principi comuni a tutti gli ordinamenti degli Stati membri in ordine ai contratti dei consumatori, in pari tempo imprimono una spinta all'evoluzione già in atto del sistema verso una ristrutturazione secondo linee di differenziata articolazione di principi a livelli meno elevati di astrazione e di corrispondenti concetti riferiti ad ambiti diversi di applicazione».

to, ben distante da quello di strumento dei rapporti tra "privati", secondo le disposizioni degli artt. 1321 ss. c.c.¹²⁷.

Si affaccia, allora, una crisi del diritto privato, per la verità non nuova alla nostra tradizione giuridica, che procede però in direzione opposta a quella che, sull'impulso della rivoluzione industriale in massa, aveva determinato il processo di *commercializzazione* del diritto privato, negli anni in cui Ascarelli arricchiva la letteratura giuridica dei suoi preziosi contributi. Tenuto conto, infatti, dei fattori destabilizzanti dell'unità e dell'autorità dei codici ottocenteschi, che rispecchiavano una società di tipo agricolo, egli prende atto, al pari dei suoi contemporanei, della profonda crisi che attraversa il diritto privato¹²⁸, rilevando come gli strumenti più tipici del diritto privato, in seguito

¹²⁷ Al riguardo, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 810, parla di «polimorfismo contrattuale». Sulla crisi del contratto, v. spec. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 10 ss.

¹²⁸ Il problema è avvertito non soltanto dalla dottrina italiana, ma anche da quella degli altri Stati europei: tra gli autori stranieri, v. spec. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936. In Italia è affrontato dalla dottrina giuscommercialistica nell'ambito dell'annosa questione della riforma dei codici di diritto privato: A. CANDIAN, *Della nuova legislazione di diritto privato in Italia*, in *Temi emil.*, 1928 e in *Id.*, *Saggi giuridici*, I, Padova, 1931, p. 65 ss.; V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni d'impresa (Consorzi e gruppi)*, Padova, 1934, p. 52; A. ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, in *Dir. lav.*, 1931, I, p. 16, il quale attribuisce preminenza assoluta alle fonti tradizionali del diritto statale, rifiutando l'idea del «diritto commerciale corporativo», ritenendo, tuttavia, che l'intervento statale, benché necessario, vada limitato per non paralizzare l'iniziativa privata; non così, invece, G. MAZZONI, *Precisazioni a proposito della cosiddetta "penetrazione" del diritto corporativo nell'ordinamento commerciale*, *ivi*, p. 427 ss., secondo il quale la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, minata alle fondamenta, non ha più ragione di essere con il passaggio del diritto commerciale dalla sfera del diritto privato alla sfera del diritto pubblico e dalla sfera del diritto individuale a quella del diritto corporativo; P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 334 ss., il quale considera il diritto commerciale come una parte del diritto privato. Ascarelli, dal canto suo, nel ricondurre la crisi del diritto privato ai «profondi rivolgimenti che hanno luogo nell'economia moderna», osserva come «tutti i nuovi istituti siano sempre più ispirati ad una marcata connessione di elementi privatistici e pubblicistici, connessione che spesso riesce ad una profonda trasformazione di quegli stessi istituti di diritto privato che vengono usati nell'ambito del diritto pubblico». Cfr. T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, cit., p. 19; *Id.*, *Lezioni di diritto commerciale*, 2ª ed., Milano, 1955, p. 38 ss.

alla diminuzione dell'autonomia negoziale, perdano sempre più d'importanza e come l'individuo si trovi sempre più isolato ed impotente in una società in cui acquistano un progressivo rilievo i grandi raggruppamenti di forze, ciò che comporta di necessità l'intervento dello stato, attraverso gli strumenti più vari (obbligo a contrarre, determinazione legale del contenuto del contratto, garanzie collettive, controllo). E dunque conclude: «il classico campo della libertà contrattuale viene violato da tutti i lati. Chi segue con occhio di storico il movimento della recente legislazione può a buon diritto parlare di una crisi del diritto privato, ed io oso affermare che questa è veramente ampia e profonda»¹²⁹.

I dubbi maggiori riguardano sia il campo di applicazione delle norme di carattere prettamente privatistico sia l'ordinamento del diritto commerciale ed i suoi concetti fondamentali nonché il posto da assegnare all'ordinamento corporativo. L'unica certezza è che la disciplina dei rapporti tra privati non può più essere ispirata a concezioni individualistiche, alla maniera ottocentesca; il nuovo diritto privato deve fare i conti con la diversa organizzazione socio-economica del Paese¹³⁰.

La questione principale appare quella della delimitazione delle sfere giuridiche del diritto privato e del diritto pubblico, in conseguenza della nuova concezione del rapporto tra Stato e individuo, questione che viene risolta di volta in volta o nella dissoluzione del diritto privato

¹²⁹ T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, cit., p. 18 s.

¹³⁰ Varie le soluzioni proposte, che spaziano da un sistema organizzato sulla base degli atti di commercio ad uno incentrato sulla figura soggettiva dell'imprenditore, o ancora, ad un sistema imperniato sul concetto di «azienda», in funzione della quale si svolge l'attività dell'imprenditore, che ne è responsabile. È questa la concezione di E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Arch. studi corp.*, 1933, p. 203, per il quale «il soggetto è in funzione dell'azienda, non l'azienda nel patrimonio del soggetto che il nuovo diritto deve considerare». In tal senso, anche U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, Ferrara 5-8 maggio 1932, I, *Relazioni*, Roma, 1932, p. 181, il quale, muovendo dalla VII dichiarazione della Carta del lavoro («l'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore della impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato»), sostiene che nelle corporazioni si realizza l'unità del binomio proprietà-impresa, essendo queste responsabili dell'indirizzo della produzione nei confronti dello Stato. Sul dibattito che si svolge negli anni Trenta circa i rapporti tra individuo, società e Stato nella concezione corporativa v. N. IRTI, *Un inquieto dialogo sul corporativismo (proprietà e impresa in W. Cesarini Sforza)*, in *Riv. trim.*, 1987, p. 237.

nel diritto pubblico, stante il superamento del dualismo tra individuo e società attraverso le corporazioni¹³¹, o, più cautamente, nel prendere atto del fatto nuovo ed originale del corporativismo, mantenendo, tuttavia, ben salda la distinzione tra la sfera della libertà individuale, che ruota intorno agli interessi del singolo, e la sfera pubblicistica, che attiene agli interessi dell'intera comunità nazionale¹³².

L'idea emergente dall'acceso dibattito che si svolge negli anni Trenta sul destino dei codici di diritto privato e sulla riforma del diritto commerciale è quella di un nuovo codice dell'economia improntato al principio corporativistico, cioè al predominio dell'interesse nazionale su quello individuale, un codice a carattere misto, ovvero composto da norme sia di diritto privato che di diritto pubblico, volto a disciplinare l'attività economica in tutte le sue fasi, in qualsiasi settore essa fosse esercitata¹³³.

La proposta ascarelliana al riguardo segue una propria linea-guida ed appare, pertanto, nuova ed originale: l'Autore muove dalla considerazione della norma di categoria quale fonte primaria del diritto attuale, sicché al nuovo codice di diritto privato, ove sarebbero confluite la materia civile e quella commerciale, sarebbe spettato il compito di fissare principi e regole generali ed astratte, mentre il diritto corporativo, collocato tra la legge formale e il contratto individuale, avrebbe dettato la regolamentazione puntuale dei singoli contratti in base alle categorie di appartenenza dei soggetti: un criterio soggettivo avrebbe, pertanto, sostituito il criterio oggettivo della distinzione tra la materia civile e quella commerciale, seguito fino a quel momento¹³⁴.

Una straordinaria sensibilità induce, dunque, Ascarelli ad avvertire chiaramente i termini del problema relativo alla crisi della codificazione, nella consapevolezza che il nuovo codice non potrà esaurire l'intera

¹³¹ In tal senso, A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Corporativismo e scienza giuridica*, Firenze, 1934, p. 45, il quale stabilisce un'equazione tra «corporatività» e «giuridicità».

¹³² W. CESARINI SFORZA, *Corporativismo e scienza del diritto*, in *Il corporativismo come scienza giuridica*, Milano, 1942.

¹³³ È questa l'idea espressa da E. SOPRANO, *Codice di commercio o codice dell'economia corporativa*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 132 ss.

¹³⁴ V. spec. T. ASCARELLI, *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo*, cit., p. 15 ss.; ID., *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, p. 152 ss.; ID., *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Problemi giuridici*, cit., p. 126.

disciplina dei rapporti privatistici¹³⁵. Nel delineare i caratteri del futuro ordinamento, egli sottolinea l'esigenza di individuare i principi generali volti ad informare tutto il sistema normativo, traendo spunto dal sistema tedesco, in cui si era già avvertita la necessità di enunciare gli «indirizzi politici» (*Leitgedanken*), ispiratori delle leggi e costituenti il punto di riferimento per i giudici in sede di interpretazione¹³⁶.

Il passo decisivo nella direzione dell'unificazione si compie con tutta probabilità dopo l'elaborazione del «progetto Asquini»¹³⁷, il quale, prevedendo l'emanazione di due codici separati per le obbligazioni civili e commerciali, mostrava le incongruenze di una simile separazione e, soprattutto, l'inadeguatezza del criterio distintivo delle due materie: il «collegamento con l'impresa» si rivelava, infatti, del tutto insufficiente in tal senso ed evidenziava l'arbitrarietà della distinzione tra contratti civili e commerciali¹³⁸.

Orbene, l'attuale processo di rinnovamento della disciplina contrattuale, tuttora in atto, che si svolge sotto la spinta della legislazione comunitaria rappresenta l'esatto contrario di quel processo che condusse all'unificazione del diritto civile e commerciale nell'unico codice del 1942, sulla base della considerazione che l'impresa fosse un fenomeno ormai entrato nella realtà quotidiana degli scambi¹³⁹. Su questa

¹³⁵ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 181 ss.

¹³⁶ Il problema della formulazione dei principi generali, che emerge già a metà degli anni Venti, sarà peraltro risolto in Italia soltanto al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice civile, quando ragioni di opportunità politica suggeriranno al ministro Dino Grandi di premettere le dichiarazioni della Carta del lavoro quali principi generali dell'ordinamento giuridico, come documentato dalla Relazione al Duce del 27 luglio 1940, la quale testimonia, inoltre, la svolta storica dell'unificazione del codice civile e del codice di commercio.

¹³⁷ V. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-41). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni e del libro del lavoro. Relazione al progetto preliminare del codice di commercio*, Roma, 1942, p. 5.

¹³⁸ La decisione dell'unificazione è severamente criticata da F. MESSINEO, «Libro dell'impresa» e materia di commercio, Relazione presentata al Ministro Guardasigilli sul libro dell'impresa e del lavoro, in *Banca borsa tit. cred.*, 1940, I, p. 181 ss.

¹³⁹ Invero, ciò che muta profondamente nel passaggio dalle separate codificazioni ottocentesche al codice unitario del 1942 è proprio la concezione dell'impresa, che non è più considerata come 'atto di commercio' alla stregua degli altri atti elencati nel codice di commercio, ma è stabilmente collegata alla figura dell'imprenditore. V., sul punto, la Relazione al codice civile, *Leggi e decreti*, 1942, n. 262, n. 834, p.

premesse, le norme che avevano per destinatari esclusivamente i commercianti e che erano ancorate all'oggettivo «atto di commercio» diventano norme di diritto comune, applicabili a tutti i rapporti tra privati. Al contrario, oggi si assiste ad un ritorno in auge della distinzione tra 'rapporti civili' e 'rapporti commerciali', che non ha certo il sapore nostalgico di un ritorno al passato, ma che va riguardata alla luce dei fenomeni tipici del nostro tempo.

10. Al fine di verificare la possibilità di costruire diversi ordini di contratti, il problema che si pone al giurista contemporaneo è di individuare il nucleo fondamentale di principi intorno al quale si raccolgono le nuove categorie contrattuali¹⁴⁰. 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 ecc.

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

442, dove si legge: «Mentre secondo il codice di commercio l'impresa è considerata come semplice atto (atto obiettivo di commercio [...]), il nuovo codice considera l'impresa da un punto di vista soggettivo, collegandola alla figura professionale dell'imprenditore. [...] In secondo luogo, mentre secondo il codice di commercio il concetto di impresa è contenuto nel quadro ristretto dell'attività industriale, il nuovo codice considera l'impresa come forma di organizzazione tipica della moderna economia, sia nel settore agricolo, sia in quello industriale, commerciale, bancario, assicurativo». Per la nozione di impresa nel nuovo codice civile, v. A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 428, il quale individua quattro diversi profili dell'impresa (soggettivo, funzionale, patrimoniale e corporativo); L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Padova, 1942, il quale identifica nell'impresa il cardine del nuovo diritto commerciale; v., inoltre, G. AULETTA, *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.*, Milano, 1984, p. 45 ss.

¹⁴⁰ Sulle categorie giuridiche quali strumenti ordinatori, v. G.B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 164; V. BUONOCORE, *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*, *ivi*, p. 133.

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 civile¹⁴¹.

Ai fini del presente discorso, è sufficiente evidenziare quale sia il principio di fondo, che presiede alla costruzione della nuova categoria dei 'contratti del consumatore' ed in che cosa esso si distacchi dalla tradizionale categoria civilistica del 'contratto'. A tale scopo va rilevato come, nel diritto privato moderno ed in particolare a partire dal codice napoleonico, il fondamento del vincolo contrattuale fosse rinvenibile nella volontà sovrana dei privati di obbligarsi e di stabilire i termini dell'assunzione di siffatta obbligazione, sulla base della posizione paritaria dei contraenti¹⁴².

I contratti dei consumatori si fondano, invece, sul diverso principio della disegualianza sostanziale delle parti, che si concretizza in una posizione di debolezza contrattuale del consumatore, a causa della mancata possibilità di negoziare il contenuto del contratto e delle scarse informazioni che gli vengono fornite dalla controparte circa dati ed elementi dell'operazione economica da compiere. Il legislatore attribuisce, dunque, rilevanza giuridica a tale situazione di 'inferiorità', sbilanciando l'assetto contrattuale dei diritti ed obblighi in favore del

¹⁴¹ Sulla definizione di consumatore ed i risvolti sul diritto dei contratti, v. spec. G. ALPA e G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, III, p. 540; G. ALPA, *Consumatore (tutela del)*, in *Noviss. dig. it.*, App., II, Torino, 1980, p. 516; ID., *Il Diritto dei consumatori*, cit.; ID., *Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1999, II, p. 4; V. ZENO-ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del)*, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 87; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, I, cit., p. 435; M. ATELLI, *Consumo individuale e consumo "aggregato": insufficienze del modello legale di consumatore*, in AA.VV., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998, p. 17 ss.; A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, nota a Corte cost., 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, c. 3118. V. anche G. GHIDINI, *Per i consumatori*, Bologna, 1980, p. 20 ss.; R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Torino, 1983, p. 31 ss.

¹⁴² Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 83, il quale osserva come l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, nata dalla Rivoluzione francese, comportasse, nell'ambito del diritto privato, una situazione di parità tra i soggetti con riguardo al negozio.

consumatore e alterando, in tal modo, il principio della simmetria e della reciprocità delle situazioni giuridiche nell'ambito negoziale¹⁴³. Egli muove, cioè, dall'intenzione di correggere gli squilibri di potere derivanti da asimmetrie informative nei rapporti di scambio.

Ecco perché l'attuale distinzione tra la disciplina codicistica del contratto e la disciplina che emerge dalla legislazione comunitaria non potrebbe in alcun modo riprodurre puramente e semplicemente l'antica distinzione tra contratti civili e contratti commerciali, dal momento che la regolamentazione degli atti di commercio nella codificazione ottocentesca era sì basata sulle diverse caratteristiche di questi rispetto agli atti civili, ma pur sempre improntata al principio dell'equilibrio e della reciprocità formale tra diritti ed obblighi.

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*.

Sotto quest'ultimo aspetto, la scelta che essi compiono, relativamente ai prodotti offerti sul mercato, sarà disciplinata dalle norme del nuovo diritto dei consumi, le cui fonti sono rinvenibili non già all'interno del codice civile, ma nelle leggi emanate in virtù delle direttive comunitarie e degli altri atti che trovano la loro legittimazione negli accordi inter-statali.

Alla disciplina dei contratti dei consumatori si affianca quella dei rapporti tra le imprese, che, pur rimanendo ancora sostanzialmente improntata ai principi della simmetria e reciprocità, deve tuttavia fare i conti con gli effetti che la normativa sulla subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192) ha prodotto sugli equilibri del mercato. Quest'ultima, infatti, pur coinvolgendo soggetti che non possono certo inquadrarsi nella definizione di consumatore, appare improntata ai medesimi principi di riequilibrio di posizioni contrattuali asimmetriche, in questo caso, tra le imprese¹⁴⁴.

¹⁴³ Sul punto, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1294; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 808.

¹⁴⁴ Sulle conseguenze che la disciplina della subfornitura nelle attività produttive è in grado di produrre sul sistema dei contratti, v. A. BARBA, *L'abuso di dipendenza*

Il diritto dei mercati finali con le sue regole sembra, dunque, esercitare una forza trainante nei confronti degli altri segmenti del sistema economico, in cui vi sia il rischio di distorsioni ed inefficienze, legate agli stessi meccanismi che alterano i mercati in cui convergono i consumatori¹⁴⁵. Il percorso intrapreso dal legislatore comunitario sembra dunque seguire una linea ascendente che muove dai mercati finali per giungere a quelli intermedi, processo che conferma ancora una volta come il *consumo* sia oggi il motore dell'intero sistema economico-giuridico.

Orbene, l'emersione di principi ignoti al codice civile, idonei a fondare un nuovo diritto dei rapporti commerciali, segna il 'ritorno', nei termini sopra specificati, alla separazione tra diritto civile e diritto commerciale, mai abbandonata, peraltro, nelle esperienze giuridiche di altri Paesi europei quali la Francia e la Spagna. L'unità del diritto privato, faticosa conquista del codice del 1942, sembra destinata a cedere di fronte alle pressioni del diritto comunitario che spinge verso la costruzione di due ordini giuridici di regole, le quali si differenziano per i principi fondamentali che le sorreggono, per la funzione che svolgono e per la dimensione spaziale in cui trovano applicazione.

Sotto questo aspetto, è stato autorevolmente sostenuto che «vi sono rapporti legati al territorio statale, in esso costituiti e racchiusi; e rapporti sradicati, cioè appartenenti alle dimensioni globali della tecnica e dell'economia»¹⁴⁶. Mentre i primi, provvisti di personalità e concretezza, seguono il diritto civile dell'ordinamento statale, i secondi, caratterizzati dalla «anonima oggettività di atti meccanici e iterativi», sono

economica: profili generali, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 339 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss., il quale appare orientato verso una interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione di tale normativa, sul presupposto che essa scaturisca dal medesimo principio che fonda la disciplina dei contratti del consumatore; in senso diverso, G. DE NOVA, *La subfornitura, legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998; ID., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449. V., anche, V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura*, in *Dir e prat. soc.*, 1998, I, p. 15; A. MAZZIOTTI DI CELSO, in G. ALPA e A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999; R. PARDOLESI, *Il contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 721 ss.

¹⁴⁵ Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 74.

¹⁴⁶ Così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 85.

disciplinati da un diritto commerciale non ancorato al territorio statale, bensì nato da accordi inter-statali, volti a creare uno spazio economico al di là delle frontiere dei singoli Stati¹⁴⁷.

Tali nuovi contratti sono, dunque, improntati ad una logica completamente diversa da quella individualista che presiede allo svolgimento del rapporto contrattuale, così come delineato dal 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 clausole¹⁴⁸.

Si è parlato di *status* del consumatore¹⁴⁹, ma in verità il concetto di *status*¹⁵⁰, 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 servizi¹⁵¹. Sarebbe

¹⁴⁷ Si veda N. IRTI, *o.u.c.*, p. 55, il quale, nell'evidenziare le «virtù dell'artificialità» del diritto, afferma che «il diritto dei "grandi spazi", quali che siano e come si definiscano, assume di necessità un carattere artificiale. L'artificialità, manovrabile e variabile, può offrire utili servizi. La perdita del fondamento terrestre, e l'emersione di spazi tecnici industriali ed economici, restituisce al puro normativismo un inatteso rilievo. [...] I "grandi spazi" o sono lasciati in un vuoto di diritto o hanno bisogno dell'artificialità normativa».

¹⁴⁸ Un'efficace descrizione degli scambi che avvengono nell'ambito delle c.dd. contrattazioni di massa è offerta da N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim.*, 1998, I, p. 347 ss., ora in *Norma e luoghi*, cit., p. 101 ss., il quale dubita in questi casi dell'esistenza stessa dell'accordo, qualificando l'esposizione della merce da parte del venditore e l'apprensione materiale della stessa da parte del compratore come «atti unilaterali convergenti sull'identica cosa».

¹⁴⁹ Cfr. G. ALPA e G. CHINÈ, *Consumatore*, cit., p. 580. In senso contrario all'esistenza di uno *status* di consumatore, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 57; B. SPAGNAMUSSO, *sub art. 1469 bis, 2° comma*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, cit., p. 72; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 803.

¹⁵⁰ Sulla nozione di "status" v. P. RESCIGNO, *Situazione e status, nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; ID., *Status I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810.

¹⁵¹ Per un'interpretazione dell'«attributo consumatore come ciò che individua in termini soggettivi l'atto di consumo», v. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 803.

allora opportuno dare maggiore rilievo al criterio oggettivo, pure accolto nella disciplina delle clausole vessatorie, costituito dal riferimento alla categoria dei contratti per adesione, laddove la mancanza di trattativa individuale determina uno squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti a svantaggio dell'aderente¹⁵².

La disciplina denominata in senso ampio «tutela del consumatore» e, in particolare, quella sulle clausole vessatorie, va allora interpretata non come statuto di un nuovo soggetto, peraltro non identificabile in base a criteri positivi, ma come disciplina di un nuovo contratto quale strumento tipico dello scambio¹⁵³, applicabile in presenza di determinate caratteristiche degli atti posti in essere¹⁵⁴.

Nel fenomeno della contrattazione di massa 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 o, ad esempio, nel «cliccare» sulla tastiera di un computer¹⁵⁵. Dunque, masse di consumatori che si contrappongono ad imprese multinazionali: nel mercato

¹⁵² In tal senso L. GATT, Art. 1469 bis. *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1999, p. 157.

¹⁵³ Si veda N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 185; nello stesso senso G. BENEDETTI, *o.u.c.*, p. 804.

¹⁵⁴ È opportuno richiamare, a questo proposito, la pagina di Ascarelli, con riferimento alla delimitazione della sfera di applicazione del diritto commerciale. In un periodo in cui si assisteva al passaggio da un sistema basato sulla definizione di 'atto di commercio', ad un sistema ancorato alla figura soggettiva dell'imprenditore, egli sottolineava la necessità di legare l'applicazione del diritto commerciale non già alle qualifiche soggettive dell'imprenditore, bensì alle caratteristiche degli atti compiuti ed alla natura dell'attività svolta, sostenendo l'importanza di una «disciplina il cui criterio di applicazione non è costituito dalle qualifiche del soggetto, ma dalle caratteristiche degli atti costitutivi del rapporto giuridico, riportandosi la stessa qualifica del soggetto alla natura dell'attività svolta. Questo principio è appunto la conseguenza di una nuova e generale visione [...], fiduciosa perciò nella storia e nel suo libero sviluppo, fondata sulla premessa della eguaglianza degli uomini e perciò ostile a discipline differenziate secondo criteri soggettivi, intesa alla tutela del progresso tecnico e del consumatore» (T. ASCARELLI, *La disciplina giuridica della concorrenza*, cit., p. 10 s.).

¹⁵⁵ «Il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali [...], [che] si ritrovano nell'identità della merce»: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 122.

sembra non esserci piú 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.

La crisi del «diritto degli individui» e la sua sostituzione con il «diritto delle categorie» non era già sfuggita a Tullio Ascarelli, attento osservatore dei fenomeni economici del suo tempo, in grado di provocare profondi mutamenti nel diritto commerciale. Nell'ormai lontano 1937 egli scriveva: «Non piú una serie di imprenditori isolati e concorrenti, ma gruppi di imprenditori organizzati; contratti di massa tra un'impresa organizzata e il pubblico dei suoi consumatori; disciplina della concorrenza; [...] attività economica perciò per la quale viene riconosciuto tutto il valore dell'iniziativa individuale, ma attività economica disciplinata e perciò stesso controllata»¹⁵⁶.

11. Il richiamo al pensiero di Ascarelli attraverso gli orientamenti contemporanei del nuovo diritto del mercato, non vuole essere soltanto un omaggio all'indiscussa grandezza di uno studioso, le cui riflessioni, animate da un'ansia di rinnovamento e da un coraggio intellettuale fuori dall'ordinario, hanno segnato una svolta nella dottrina civilistica italiana, ma vuole tentare di riscoprire, ancora una volta, l'attualità dell'intuizione ascarelliana per il giurista dei nostri tempi e trarre così dal passato un insegnamento per il futuro.

Sul piano del diritto positivo, le intuizioni rivelano tutta la loro efficacia trovando il piú ampio riscontro nell'indirizzo prescelto dal legislatore nazionale e da quello comunitario per costruire il nuovo diritto del mercato, riguardato come complessa struttura economico-giuridica che si stringe intorno al principio della concorrenza. Ed infatti, la 'teoria della concorrenza' elaborata da Ascarelli, come quadro unitario in cui si conciliano e trovano protezione gli opposti interessi degli imprenditori (alla probabilità di guadagno occupando una quota di mercato mediante l'acquisizione di clientela) e dei consumatori (a vedere soddisfatti i propri bisogni con i limitati mezzi a loro disposizione), trova la sua rispondenza nelle discipline di origine comunitaria, cui si è fatto cenno, volte a strutturare il mercato sotto il duplice

¹⁵⁶ Cfr. T. ASCARELLI, *I consorzi volontari tra imprenditori*, cit., p. 58.

profilo dei rapporti tra le imprese e dei rapporti tra le imprese e i consumatori.

Sotto il primo profilo, si è visto come il progetto redatto da Ascarelli nel 1955 contenga *in nuce* gli aspetti principali della disciplina *antitrust* emanata dal legislatore italiano solo nel 1990, su precise indicazioni in tal senso da parte del legislatore comunitario, nell'ambito di un più ampio disegno di correzione delle disfunzioni del mercato concorrenziale. Il rispetto delle concrete esigenze del mercato e le sollecitazioni che gli provengono dalla profonda conoscenza delle esperienze economico-giuridiche dei Paesi stranieri, in particolare quelli di *common law*, conducono l'Autore a riflettere sulla necessità di emanare una disciplina di stampo antimonopolistico, che si adatti alle rinnovate esigenze di un'economia dominata ormai dalla figura della grande impresa, senza dimenticare, tuttavia, «l'innegabile funzione positiva assolta dalla grande impresa, la sua necessità di fronte alle esigenze di quell'industrializzazione, che costituisce il cammino fondamentale del progresso economico»¹⁵⁷. In questo quadro si riduce sensibilmente lo spazio destinato agli scambi individuali e nello stesso tempo affiorano, imponendosi poi con forza, le c.d.d. contrattazioni di massa: l'individuo si avvia così a perdere la propria identità nel gruppo di appartenenza, nella 'categoria', quantunque Ascarelli non possa certamente ancora parlare dei consumatori come di una "categoria".

Sotto il profilo dei rapporti tra le imprese e i consumatori, sebbene, come è naturale, Ascarelli non potesse prevedere gli sviluppi contemporanei del sistema economico-giuridico, ciò nondimeno nella definizione dei consociati «quali uomini e non come fanciulli da guidare dall'alto» egli si rivela un antesignano del principio assunto alla base dell'attuale legislazione in materia di tutela del consumatore: «all'interesse dell'imprenditore ad appropriarsi della probabilità di guadagno corrisponde il pubblico interesse a che i consumatori non siano fuorviati nella loro scelta, sì che il premio del successo vada effettivamente a chi dal pubblico dei consumatori ne è giudicato più degno e sia perciò promossa la produzione e lo smercio di quanto effettivamente preferito dal mercato»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ T. ASCARELLI, *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, cit., p. 921.

¹⁵⁸ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 74.

Lo spirito della riflessione ascarelliana sembra rivivere nella vigente normativa di provenienza comunitaria, diretta al rafforzamento della posizione dei consumatori attraverso la tutela della libertà e della consapevolezza della scelta, ancorate all'*atto di consumo*, mediante una corretta disciplina dell'informazione e della pubblicità, sebbene talvolta tale orientamento sia stato intaccato dall'emanazione di normative che sembrano recare i segni inconfondibili del c.d. paternalismo legislativo.

Ebbene, una nuova crisi si profila all'orizzonte del diritto privato, determinata dall'affermarsi della società dei consumi post-industriale; i rapporti economici beneficiano di un nuovo ordine giuridico, conferito loro da organismi sovranazionali, e si distaccano dall'ordine dei rapporti privatistici, costituito nel codice civile. Regole diverse, dunque, per esperienze diverse; ma pur sempre *regole giuridiche* che creano la struttura del mercato¹⁵⁹. Un mercato inteso non come uno spazio in cui trovano un equilibrio "naturale" le varie forze presenti, bensì quale spazio ordinato da regole che assicurino il corretto funzionamento del principio della concorrenza: l'Autore, nel diffidare di ogni giusnaturalismo, si preoccupa di stabilire l'esatto rapporto tra economia e diritto collocandolo sul terreno della storia, dove devono convergere l'opera del legislatore e l'attività di interpretazione del giurista.

Sotto quest'ultimo profilo, con riguardo cioè all'ufficio dell'interprete, l'insegnamento di Ascarelli si offre in tutta la sua attualità ed intensità. Ed infatti, a distanza di oltre quarant'anni dalla sua prematura scomparsa, i suoi insegnamenti continuano a rappresentare un valido riferimento per indicare all'interprete la strada da seguire, nell'adempimento della funzione di 'collaboratore del legislatore', affin-

¹⁵⁹ Torna qui illuminante la pagina ascarelliana: «L'affermazione democratica supera la tradizione di una preordinata giustizia materiale riponendo il diritto nella storia e ritrovando il valore della legge nel processo della legiferazione. [...] Si viene superando l'idea di un "dato" per passare ad un "costruito"; [...] si viene abbandonando quella concezione di ordini naturali che persisteva anche negli indirizzi positivistici. [...] Da garanzia di un equilibrio economico considerato naturale, le regole vigenti in ogni momento passano ad essere considerate come un elemento di una determinata struttura e lo sviluppo del diritto come un momento che, a sua volta, attiene alla storia dell'uomo, storicamente condizionato ma insieme operante e così concorrente nel determinare un equilibrio economico non più inteso come divinamente posto o naturalmente necessario» (T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 47).

ché egli possa «rispondere continuamente alle esigenze di disciplina giuridica di una realtà in continuo movimento»¹⁶⁰. La lezione ascarelliana è innanzitutto di metodo: lo studioso del diritto commerciale ha il dovere di riflettere sui problemi e di interpretare le norme nel rispetto delle esigenze poste dal concreto svolgimento dei rapporti economici, in una corretta valutazione degli istituti del diritto positivo «per permettere la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un opportuno adattamento degli schemi tramandati»¹⁶¹.

La necessità di uno studio *tecnico*, che fonda la ricerca dogmatica ed è intesa a semplificare la complessità della materia del diritto commerciale, si coniuga con la necessità di uno studio *storico*, per inquadrare continuamente in un sistema, perennemente vivificato, la nuova realtà giuridica. La ricerca dogmatica, indispensabile per apprestare lo strumentario giuridico dell'interprete, è finalizzata a «trarre dall'esperienza mercantile, sempre nuova e feconda di nuovi casi, dei concetti dogmatici che possono poi valere in tutto l'ambito del diritto» e che, tuttavia – avverte l'Autore –, «sono dei semplici strumenti di lavoro, non dei grimaldelli buoni per aprire tutte le porte!»¹⁶². Essi andranno, pertanto, adeguati alla mutevole realtà economico-giuridica. L'analisi storica consente, invece, di comprendere le ragioni profonde delle norme, i nuovi orientamenti del sistema ed i motivi per cui la medesima norma, collocata in ordinamenti lontani nello spazio o nel tempo, possa assolvere funzioni diverse.

I due criteri di indagine appaiono strettamente collegati tra loro nella concezione ascarelliana, al fine della «sistemazione del nuovo materiale offerto dalla più recente evoluzione economica e giuridica», ovviamente preceduti da una accurata analisi esegetica dei testi: nell'applicazione del metodo che egli stesso professava, Ascarelli riesce così ad osservare lucidamente l'evoluzione delle esperienze giuridiche nel corso della prima metà del ventesimo secolo e, attraverso una profonda conoscenza degli itinerari del passato, a delineare le soluzioni per il futuro.

¹⁶⁰ T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale – Introduzione*, cit., p. 37.

¹⁶¹ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946), in ID., *Saggi giuridici*, cit., p. 90.

¹⁶² T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale – Introduzione*, cit., p. 35.

12. Ogni periodo del diritto commerciale, notava Ascarelli, è contrassegnato da fenomeni tipici che ne orientano il corso e, nel considerare gli effetti della rivoluzione industriale sul sistema giuridico dell'epoca, egli avvertiva l'insufficienza degli strumenti nati per ordinare una società pre-industriale e, quindi, la necessità di elaborare nuovi concetti dogmatici, adeguati all'affermazione della grande impresa nei rapporti economici. Così, nell'attuale periodo del diritto commerciale, torna utile la lezione di Ascarelli per indicare il metodo da applicare nella costruzione di un nuovo sistema dei contratti, in seguito all'apertura delle frontiere nazionali verso la costruzione del mercato unico.

Si apre una nuova stagione, in cui il giurista appare desideroso di misurarsi con le fonti giuridiche provenienti dagli ordinamenti sovranazionali, ma smarrito all'idea di dover abbandonare gli strumenti di lavoro ormai acquisiti e collaudati¹⁶³. Purtroppo, però, le nuove categorie di contratti che trovano le loro fonti in un diritto esterno a quello nazionale, esigono l'elaborazione di concetti e principi diversi, che devono scaturire da una logica, quella consumeristica, estranea alla nostra tradizione, nella consapevolezza di muoversi ormai nell'ambito del diritto privato europeo¹⁶⁴, un diritto che trova la sua fonte negli accordi internazionali tra gli Stati, che limitano la propria sovranità in vista del raggiungimento di obiettivi comuni di politica economica.

Allo stato della legislazione attuale certamente non si può ancora parlare di un diritto comune, rimanendo il diritto comunitario e il diritto interno due sistemi separati¹⁶⁵, ma è pur vero, come è stato

¹⁶³ Sui problemi posti al giurista dal diritto di fonte comunitaria, in sede di interpretazione e ricostruzione del sistema, cfr. N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim.*, 2000, I, spec. p. 16 ss., e ID, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 21 ss.

¹⁶⁴ Il diritto privato europeo è definito più correttamente da N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim.*, 2001, p. 700, quale «diritto privato degli Stati europei», giacché esso non costituisce un'unità di decisione normativa e si manifesta in modo episodico e frammentario. Per i diversi significati attribuiti all'espressione «diritto privato europeo», v. E. HONDIUS, *Toward a European Civil Code. General Introduction*, in AA.VV., *Toward a European Civil Code*, 1994; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 7; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 705 ss.

¹⁶⁵ Cfr. L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie*

osservato, che ormai «il nostro diritto privato è già un diritto privato europeo, nato da un sistema integrato di fonti»¹⁶⁶, così come avviene all'interno degli altri stati membri dell'Unione, in un processo di armonizzazione di sistemi che esigono di coordinarsi, al fine di realizzare diritti omologhi, anche se non necessariamente identici¹⁶⁷. Va, peraltro, ricordato che il limite invalicabile all'efficacia della normativa comunitaria all'interno dell'ordinamento giuridico statale rimane il controllo da parte della Corte costituzionale che una qualsiasi norma comunitaria «non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attenti ai diritti inviolabili della persona»¹⁶⁸.

Alla luce di tali considerazioni, si può, pertanto, constatare che, se nell'ambito del diritto privato interno si assiste ad un procedimento di 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 mercato¹⁶⁹, e nello

civilistiche, cit., p. 23, secondo il quale i tempi ancora non sono maturi per il superamento della concezione dualistica del sistema delle fonti. In tal senso v. Corte cost. n. 170 del 1984, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1098, che definisce il diritto comunitario e il diritto interno «due sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal trattato». Sulla collocazione del diritto privato europeo nel sistema delle fonti, problema intorno al quale l'ampio dibattito è ancora aperto, v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 24 ss.; ID., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *o.u.c.*, p. 33 ss.; A. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, *ivi*, p. 16 ss.; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 7; L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 23 ss.; ID., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma, 1993; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, cit., p. 805; N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, cit.; A. GAMBARO, *"Iura et leges" nel processo di codificazione del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 905.

¹⁶⁶ N. LIPARI, *o.u.c.*, p. 13. Sul problema dell'integrazione delle fonti, v. P. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*

¹⁶⁷ Così N. SCANNICCHIO, *Diritto civile, diritto europeo, diritto comparato e unificazione del diritto delle obbligazioni. Uno sguardo dal Ponto*, in *Quad. dir. priv. eur.*, 2, Bari, 1998, p. 63; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 232 del 1989. Sul punto, v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., p. 56.

¹⁶⁹ Sulla progressiva e preventiva uniformazione delle culture giuridiche nazionali, v. A. GAMBARO, *"Iura et leges" nel processo di codificazione del diritto privato europeo*, cit., p. 905 ss.

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'economia¹⁷⁰. Ed infatti, la stessa logica che conduce all'unificazione del mercato comporta anche la sua frantumazione in tanti segmenti, assoggettati a diversi statuti giuridici in base alle loro differenti caratteristiche e che danno luogo ad un quadro frammentario del diritto dell'economia. Dinanzi a tale quadro, il giurista, che da sempre avverte l'esigenza di ordinare le norme secondo schemi e di organizzarle in sistemi, dovrà allora adoperarsi per individuare quali siano le categorie logiche più idonee al fine di costruire il nuovo diritto dei contratti.

All'esigenza di semplificazione e di ordine, nell'ambito del processo di unificazione del diritto commerciale contrattuale dei vari Paesi, rispondono alcune importanti iniziative promosse dalla *European Contract Law Commission*, più nota come *Commissione Lando*¹⁷¹, dal nome del suo presidente, e dall'Unidroit (Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato)¹⁷², istituzioni che sono accomunate dall'intento di offrire dei modelli normativi uniformi di carattere non vincolante, quale risultato di approfonditi studi comparatistici, pur muovendosi,

¹⁷⁰ V., sul punto, N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 61 ss., il quale richiama, al riguardo, le parole di Ugo Spirito ed Emanuele Severino: «La parola d'ordine di oggi è: unificazione; e il miracolo dell'unificazione lo compie la tecnica. La tecnica realizza l'unificazione del mondo» [U. SPIRITO, *Scienza e tecnica nel mondo d'oggi* (1962), in ID., *Nuovo umanesimo*, Roma, 1964, p. 49]; «la globalizzazione è globalizzazione della frantumazione» (E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, p. 60). Il discorso è ripreso da L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim.*, 2001, I, p. 1, il quale osserva che «se la tecnica pretende di sottrarsi all'ordine della strumentalità, senza altro fine che non sia quello del proprio potenziamento [...], questa pretesa può portare al disfacimento della democrazia».

¹⁷¹ V. O. LANDO, *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, in Rabelsz, 1992; ID., *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 contratti*, cit., p. 873 ss.

¹⁷² V. M.J. BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in G. VETTORI (a cura di), *o.u.c.*, p. 935 ss.; M.J. BONELL e F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997. Per l'incidenza dei principi Unidroit sul nostro ordinamento, v. G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 316 ss.

tuttavia, su percorsi diversi¹⁷³. La Commissione Lando è intesa, infatti, ad elaborare principi di carattere generale, ma in grado di consentire una disciplina differenziata secondo gli ambiti in cui essi sono destinati ad operare, mentre l'Unidroit volge alla redazione di principi comuni per la regolamentazione dei contratti commerciali internazionali, intesi a disciplinare prevalentemente i rapporti tra imprenditori¹⁷⁴.

La medesima impostazione si ritrova nella Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, che, per espressa previsione, non si applica alle «vendite di beni mobili acquistati per uso personale, familiare e domestico»¹⁷⁵. Trova così conferma

¹⁷³ Va evidenziato, a questo proposito, che la difficoltà maggiore risiede naturalmente nell'armonizzazione dei sistemi di *common law* con i sistemi di *civil law*. Sul punto, v. P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, in 60 MLR 44, 1997, secondo il quale va mantenuto e tutelato il pluralismo giuridico europeo; in risposta, V. ZENOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, cit., p. 805, il quale, nella considerazione del codice quale struttura 'logica' volta a dare ordine alle regole giuridiche, sostiene che «vi sono stagioni nelle quali è fortemente sentita l'esigenza di semplificazione del sistema giuridico. [...] Se ora prevale una tendenza alla frammentazione, c'è da prevedere che ad un certo punto questa non sarà più sostenibile - o, per meglio dire accettabile - per la società».

¹⁷⁴ Sull'ambito di applicazione dei principi Unidroit, v. M.J. BONELL, *Il progetto dell'UNIDROIT per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*, in *Studi in onore di R. Sacco*, cit., p. 834. Sulla creazione di una nuova *lex mercatoria* ad opera dell'Unidroit, v. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 297; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principii UNIDROIT*, *ivi*, 2000, p. 141, la quale evidenzia un orientamento comune ai principi Lando ed ai principi Unidroit, che si rinviene nell'ampiezza della nozione di contratto iniquo «che consente alla parte debole di far valere un esteso numero di situazioni di inferiorità: una nozione in "controtendenza" rispetto al "clima di revival liberista che oggi si respira"». Tale aspetto è, altresì, sottolineato da A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, cit., p. 306 e ID., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, p. 427 ss. Il «trend alla valorizzazione piena della portata della buona fede in senso oggettivo (o, che dir si voglia, correttezza)», cui si contrappone un atteggiamento marcatamente liberista, è segnalato anche da G. GRISI, *L'autonomia privata*, cit., p. 165, il quale evidenzia, altresì, il rischio «fatalmente annidato in ogni manifestazione dell'interventismo statale nei rapporti privati - di dare ingresso, surrettiziamente, per quella via, ad un principio alternativo e conflittuale rispetto a quello della libertà contrattuale, con connesso sostanziale svuotamento dell'autonomia privata».

¹⁷⁵ Un diverso metodo ispira, invece, i lavori della Commissione presieduta dal prof. Gandolfi di Pavia, la quale ha proceduto all'elaborazione del Progetto prelimi-

quell'orientamento che vede il delinarsi di categorie contrattuali diverse, in ragione delle qualifiche soggettive attribuite alle parti contraenti¹⁷⁶ ed è pertanto sulla costruzione di tali categorie, attraverso l'individuazione di un nuovo «arsenale concettuale», per usare un'espressione ascarelliana, che deve riflettere il giurista dei giorni nostri.

Sulla scorta del messaggio di Ascarelli, non si tratta certo di azzerrare la tradizione e l'identità storica dei singoli ordinamenti giuridici, muovendo dalle sole esperienze attuali, nella convinzione di trovare in esse il materiale sufficiente per studiare soluzioni nuove ed originali, bensì di analizzare il presente con lo sguardo rivolto al passato, ricongiungendosi ad esso, per acquisire, da un lato, consapevolezza delle origini dei fenomeni del nostro tempo e per trarre, dall'altro, la sollecitazione necessaria per procedere verso un nuovo ordine concettuale, indispensabile per un'adeguata valutazione normativa dei problemi suscitati dall'attuale esperienza economica¹⁷⁷.

MARIA BARELA

nare del Codice europeo dei contratti (*Code européen des contrats, Livre premier*, Milano, 2001), sulla base del IV libro del codice civile italiano, assunto quale modello di mediazione tra le esperienze giuridiche francese e tedesca, ma pur sempre al fine di elaborare un diritto comune europeo dei contratti e delle obbligazioni. V. G. GANDOLFI, *Per un codice europeo dei contratti*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 781; ID., *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 149. Un'analisi delle norme contenute nel progetto pavese è offerta da S. PATTI, *Riflessioni su un progetto di codice europeo di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 489 ss.

¹⁷⁶ In tal senso, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1290; v., altresì, A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, Padova, 1990, p. 32 ss. e G. COTTINO, *Contratti commerciali*, Padova, 1991.

¹⁷⁷ Sul progetto di un Codice civile europeo, v. U. MATTEI, *Quale Codice Civile per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 3, il quale osserva come le opere di codificazione valgano, più di ogni altro aspetto, a costituire l'identità di un popolo «sicché una codificazione generale e le scelte che essa inevitabilmente comporta, impongono assunzioni di responsabilità anche politica di cui bisogna farsi carico». Si veda N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 1155 ss., il quale evidenzia la drammatica perdita di identità dei luoghi e, insieme, degli uomini, in nome della efficienza della tecno-economia.