

LUCA NIVARRA

Diritto privato e capitalismo
Regole giuridiche e paradigmi di mercato

Editoriale Scientifica

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2010
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-174-3

Se le ghiande avessero una ideologia, questa sarebbe appunto di sentirsi «gravide» di querce. Ma, nella realtà, il 999 per mille delle ghiande servono di pasto ai maiali e, al più, contribuiscono a crear salsicciotti e mortadella.

ANTONIO GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*

Indice

<i>Introduzione</i>	9
---------------------	---

Capitolo I

I TRE CAPITALISMI E LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO PRIVATO: UNO SGUARDO D'ASSIEME

1. Premessa	15
2. Legge, mercato e autonomia privata nei tre capitalismi	22
3. Un caso clinico: il diritto dei consumi e l'autonomia privata	32
4. Le metamorfosi della norma di diritto privato	38
5. Come la dialettica diritto comune-diritto speciale attraversa la modernità: la specialità nel capitalismo.1	45
6. ... e nel capitalismo.2	51
7. Il diritto protoborghese nella centrifuga novecentesca	55
8. La crisi irreversibile del "sistema"	71

Capitolo II

DALLO "SCAMBIO" ALLA "CONCORRENZA": LA COSTRUZIONE GIURIDICA DEL MERCATO

1. Capitalismo.2 e capitalismo.3: continuità e discontinuità	77
2. L'autonomia privata dallo "scambio" alla "concorrenza"	97

3. Il diritto dei consumi e la tutela della concorrenza	97
4. L'abuso di dipendenza economica	112
5. Un caso paradigmatico: le nullità di protezione	114
6. Cenni al diritto europeo	123
7. Conclusioni	132

Introduzione

La genesi di questo saggio è abbastanza casuale. Un collega, infatti, mi aveva chiesto di recensire un volume da lui curato e io avevo accettato, nonostante la difficoltà del compito. Quando, poi, ho cominciato a lavorare alla recensione, il discorso, pur mantenendosi entro l'orizzonte originario, si è allargato ben al di là dei confini, quantitativi e metodologici, propri del genere inizialmente prescelto. Ne è venuto fuori un piccolo libro, con un titolo forse troppo impegnativo ma, almeno nelle mie intenzioni, specchio fedele dell'oggetto sommariamente esplorato.

Dico sommariamente perché, come è agevole intendere, il tema imporrebbe un approfondimento ben maggiore: e, del resto, la letteratura richiamata non ambisce ad altro che a fornire qualche primo, essenziale riferimento. Tuttavia, ho la presunzione di ritenere che la lettura di talune vicende del diritto privato moderno qui proposta, per quanto ancora soltanto abbozzata, si regga su un'idea non banale e, quindi, meriti di essere sottoposta ad un primo vaglio critico da parte della comunità scientifica.

Il libro ricostruisce sinteticamente, come si è detto, l'evoluzione del diritto privato nella modernità, sulla base di una periodizzazione articolata in tre stagioni: quella del capitalismo.¹ (l'Ottocento e i codici), alla quale corrisponde il diritto mimetico delle origini, ispirato al principio dello scambio; quella del capitalismo.² (il Novecento fino alla controrivoluzione liberista e la legislazione speciale), alla quale corrisponde un diritto ortopedico, in funzione correttiva delle storture del mercato, ispirato al principio di sostituzione/sovrapposizione tanto ai meccanismi dello scambio, quanto ai meccanismi della concorrenza; infine, quella del capitalismo.³ (dagli anni ottanta del secolo scorso ad oggi, e la legislazione di fonte comunitaria), alla quale corrisponde un diritto omeopatico, con finalità regolatorie, e ispirato al principio della concorrenza.

A ciascuna di queste tre stagioni corrisponde un diverso modo di atteggiarsi della relazione legge-autonomia privata-mercato.

Nel diritto protoborghese (mimetico), la regola giuridica si configura alla stregua di una semplice norma d'azione, limitandosi questa, nella sostanza, a fissare le condizioni di ricevibilità dell'atto di autonomia privata; il mercato, dal canto suo, rappresenta per l'ordine giuridico un semplice presupposto.

Nel diritto ortopedico, la regola giuridica si fa strumento di ortopedia, appunto, del voluto dalle parti, finalizzata a renderlo coerente con obiettivi altri, anche se non necessariamente distruttivi del principio di autonomia (funzionalità complessiva del sistema economico e, in talune fasi, la giustizia sociale).

Nel diritto omeopatico, la regola giuridica, per un

verso, rende più complesso il giudizio di ricevibilità dell'atto di autonomia privata (emblematico il caso della nullità di diritto *antitrust*) e, per altro verso, impone agli attori presenti sul mercato veri e propri obblighi di comportamento (ad esempio, i doveri di informazione). A differenza che nel diritto protoborghese, qui la regola disciplinatrice dell'autonomia privata si configura alla stregua di una norma di relazione, ed il mercato non è più soltanto un presupposto, ma un obiettivo.

Il radicale mutamento di paradigma che si consuma nel passaggio dal capitalismo.¹ al capitalismo.³ trova la sua manifestazione più vistosa nella cattura del diritto dei contratti (già assegnato alla sovranità del principio dello scambio) da parte del principio di concorrenza. È in questa chiave che va letta sia la disciplina consumeristica, sia l'insieme delle norme a tutela dell'impresa debole, accomunate dall'obiettivo di incistare in seno alla singola relazione contrattuale il virus della concorrenza, ponendo rimedio alle asimmetrie informative, nel primo caso, alla disparità di forza economica, nel secondo caso.

Questa vicenda ha conseguenze molto significative sul terreno della possibilità stessa di continuare a pensare la categoria del diritto comune, inteso come giacimento di regole alle quali attingere non solo in presenza di una lacuna in senso stretto (*Anordnungslücke*: lacuna prescrittiva), ma anche in presenza della normale, fisiologica ambiguità del dettato letterale di un enunciato normativo o, ancora, in presenza di una *Wertlücke* (lacuna assiologica). Infatti, l'irrompere del principio di concorrenza nel diritto dei contratti (una volta regno incontrastato del principio di scambio) provoca una frantumazione delle *rationes* operanti all'interno del sistema giuridico,

non più riducibili, o, quantomeno, non più riducibili in modo automatico, ad un'istanza unificante: ma il venir meno dell'automatismo segnala la perdita del beneficio più grande assicurato dal diritto comune, ossia lo sgravio, per l'interprete, dall'*onus argomentandi*.

Il banco di prova di questi assunti di ordine teorico è rappresentato dalla disciplina delle nullità, nella prospettiva della dialettica/contrapposizione di nullità codicistica e nullità di protezione.

Il libro si chiude con alcune considerazioni sul valore, il significato e la portata che, nel quadro in precedenza delineato, vanno attribuiti ai tentativi di codificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti.

Il lavoro vede la luce in uno dei momenti più difficili della storia recente dell'Università italiana. Una classe di governo indistintamente ottusa e provinciale e una corporazione accademica, tanto famelica negli anni delle vacche grasse, quanto torpida e inerte negli anni di magra, hanno contribuito, ciascuna per la sua parte, alla distruzione di un sistema che, invece, avrebbe abbisognato solo di qualche intelligente ammodernamento e, ancora prima, di una decisione politica che facesse di esso una vera priorità per il Paese.

Ho svolto buona parte della mia attività di ricerca in un Dipartimento dell'area giuridica di uno di quei grandi atenei dell'Italia meridionale destinati, con ogni verosimiglianza, ad un futuro di malthusiana marginalità. Una buona biblioteca, una struttura accogliente, ser-

vizi decenti, personale volenteroso e, in alcuni casi, perfino competente, qualche disponibilità di fondi per soggiorni di studio all'estero. Certo, non Harvard, non Yale, non Chicago: ma un luogo dove imparare a far ricerca, in un ambiente aperto e stimolante, pur nei limiti di una perifericità insuperabile ma non, per ciò solo, frustrante.

Un'esperienza come quella che ho appena evocato molto difficilmente potrà trovare posto nell'Università prossima ventura, frutto di una micidiale miscela di rigore finanziario a senso unico e retorica dell'eccellenza: un'eccellenza destinata a dar vita, nella migliore delle ipotesi, ad una nuova generazione di cattedrali nel deserto, piuttosto che a picchi positivi dentro un contesto di qualità diffusa, come accade nell'Europa migliore, a cominciare dalla Germania. Approfizzo, quindi, di questa occasione per esprimere sincera gratitudine al mio Dipartimento e alla mia Università per avermi offerto condizioni di lavoro più che decorose.

Un ringraziamento speciale va, poi, al piccolo Emanuele e al mio grande amore Irene che, con i loro immensi occhi scuri sempre coraggiosamente aperti sul mondo pure non bello che li circonda, mi inducono a sperare che sia ancora possibile sottrarsi all'umiliante alternativa di fronte alla quale, secondo Adorno, il tardo capitalismo mette segretamente i suoi sudditi: diventare un adulto come tutti gli altri o restare un bambino.

Palermo, 7 giugno 2010

I tre capitalismi e le trasformazioni del diritto privato:
uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legge, mercato e autonomia privata nei tre capitalismi – 3. Un caso clinico: il diritto dei consumi e l'autonomia privata. – 4. Le metamorfosi della norma di diritto privato. – 5. Come la dialettica diritto comune-diritto speciale attraversa la modernità: la specialità nel capitalismo.1 – 6... e nel capitalismo.2. – 7. Il diritto protoborghese nella centrifuga novecentesca. – 8. La crisi irreversibile del "sistema".

1. Premessa

In questo lavoro intendo occuparmi di diritto comune e diritto speciale: un tema di cui è perfino inutile sottolineare l'attualità¹ e che nel dibattito giusprivatistico italiano degli ultimi decenni è stato costantemente presente in modo visibile almeno a partire dal saggio di Irti sulla decodificazione², seguito, a distanza di alcuni anni,

¹ Testimoniata da una abbondante produzione letteraria nell'ambito della quale si segnala, per il carattere programmatico che la riflessione su quel tema vi assume, *Diritto civile e diritti speciali* (a cura di A. Plaia), Milano, 2008, *passim* (il volume raccoglie le relazioni svolte da più studiosi nell'ambito di un ciclo di seminari del dottorato in Diritto privato generale, sezione palermitana della Scuola dottorale internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli").

² N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, (I ed.), *passim*.

dai due contributi di Castronovo³. Questi primi riferimenti valgono a circoscrivere in termini che non sarebbe improprio considerare soltanto stipulativi un orizzonte temporale e culturale ben più ampio dal momento che, come opportunamente ricorda Libertini⁴, la dialettica diritto comune-diritto speciale attraversa per intero, con significati e accenti che variano a seconda delle diverse fasi storiche, la vicenda della modernità. Anzi, tenuto conto dell'enorme peso che nell'esperienza del diritto moderno riveste la spinta alla unificazione – la quale si manifesta, in un primo momento, sotto la forma di una *clavis universalis* categoriale, e successivamente, con l'approdo al codice, sotto la forma di una drastica semplificazione del sistema delle fonti⁵ – ben può dirsi che quella dialettica, insieme con le letture che di essa sono state via via fornite, rappresenti una delle numerose specole attraverso le quali rileggere la traiettoria disegnata dal pensiero giuridico degli ultimi tre secoli e più in particolare, come ovvio, misurare la tenuta dell'originario progetto unificatorio.

Perché poi, almeno a mio avviso, il vero tema della discussione è appunto questo: cosa rimanga di quel progetto, in un'epoca caratterizzata non tanto o, comunque,

³ C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile ed impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158 ss.; Id., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, *ivi*, 1985, 20 ss.

⁴ M. Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 265.

⁵ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 2001, 33 ss.; 133 ss.

non soltanto da una crescente complessità del sistema delle fonti, quanto piuttosto dall'incrinarsi di quel *Hintergrund* concettuale che faceva poi da supporto alla elaborazione e alla utilizzazione di convenzioni linguistiche condivise. Come ho già detto, infatti, è possibile rintracciare nei protocolli fondativi del diritto della modernità un nesso molto forte tra costruzione del *sistema iuris* e costruzione di un ordinamento giuridico caratterizzato da un elevato grado di concentrazione delle fonti, così elevato da esaurirsi, almeno in linea di massima, nel codice civile. Non può non richiamarsi, al riguardo, l'insegnamento di Savigny, uno dei fondatori, se non il fondatore, del pensiero giuridico moderno, per il quale l'essenza del metodo sistematico risiede «nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità»⁶.

Naturalmente, le regole alle quali pensava Savigny non erano quelle del codice civile: tuttavia, come è stato autorevolmente osservato «dopo il 1848, il passo dalla più antica pandettistica della Scuola storica ai codici nazionali tedeschi si compì sotto la spinta delle stesse forze liberaldemocratiche che avevano fatto la rivoluzione europea in Francia, in Belgio, in Italia e in Svizzera. La nuova legislazione poteva così collegarsi direttamente alla Pandettistica. Il diritto delle pandette del diciannovesimo secolo, che, da Puchta a Windscheid, trovò nei trattati la sua espressione classica, si fonda, come i codici

⁶ F.C. v. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, Torino, 1886-1896, 21.

dell'Europa occidentale, sul sistema e sui concetti del più tardo filone razionalistico del giusnaturalismo»⁷.

In altri termini, al di là delle peculiarità proprie delle singole vicende nazionali, il modello imperniato sulla circolarità di regole e concetti finisce per imporsi sulla scala europeo-continentale, vuoi per il grande prestigio della tradizione culturale che lo patrocina (in primo luogo, Savigny nella sua veste di *trait d'union* tra la Scuola storica e la Pandettistica), vuoi per il saldarsi di quella tradizionale culturale con la forma codice (Pandettistica e *BGB*), vuoi, infine, per la sostanziale identità dei processi socio-economici ai quali quel modello è funzionale⁸.

È in questa prospettiva, ad esempio, che si lascia apprezzare l'adozione, da parte del legislatore, di schemi logico-linguistici imperniati, in primo luogo, sulla unicità del soggetto (di diritto) e sulla conseguente riduzione di quest'ultimo a puro e semplice presupposto per l'insorgere di effetti (giuridici)⁹. È sempre nella medesima pro-

⁷ F. Wieacker, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, 6.

⁸ Rileva giustamente A. Mazzacane, *Pandettistica*, in *EdD*, XXXI, Milano, 1981, 607, che alla fine del XX secolo, con l'opera di Windscheid, da un lato, e l'emanazione del *BGB*, dall'altro, «si ricomponeva la contrapposizione tra primato della giurisprudenza e codificazione»: ed anzi, il codice civile «prende una forma sistematica, faceva propri gli 'istituti'».

⁹ La sostanziale identificazione di persona fisica (appartenente alla specie umana nato: si v., ad esempio, l'art. 1, comma 1° c.c.) e soggetto di diritto, produce una radicale semplificazione della gamma dei predicati (*status*) riferibili alla prima in vista della insorgenza del secondo. In altri termini, l'idea di fondo è che per poter ottenere il risultato di eliminare il pluralismo delle fonti (e degli ordinamenti normativi) è necessario eliminare la possibilità stessa di pensare il soggetto di diritto al plurale.

spettiva che si lascia apprezzare la radicalità con la quale si afferma e si consolida un'idea di sistema come struttura logicamente coerente di forme di pensiero, i concetti, o dogmi, a partire dai quali elaborare ipotesi di soluzione del caso di specie, sulla base di un procedimento sillogistico in cui la premessa maggiore è rappresentata, appunto, dal concetto o dogma. Infine, coerente con questo disegno di formalizzazione/astrazione dei due linguaggi – quello “oggetto”, del legislatore, quello “meta”, dell'interprete – appare l'adozione di moduli di ragionamento ispirati alla descrizione scienziata della realtà naturale e, quindi, retti da una mimesi del discorso causalistico¹⁰.

Dal punto di vista giuspolitico, questo ambizioso progetto riduzionista che, ripeto, mette capo ad una manovra a tenaglia – sistema delle fonti, *sistema iuris* – è funzionale all'affermazione del valore di base del protocapitalismo, cioè a dire l'eguaglianza di fronte alla legge, a sua volta corredo imprescindibile di un'economia imperniata sullo scambio delle merci come forma da tutti astrattamente attingibile di socializzazione.

La pulsione semplificatoria si alimenta di potenti narrazioni ideologiche (prima delle quali è quella che vuole il giudice *bouche de la loi* e, più in generale, l'interprete deputato puramente e semplicemente alla esplici-

¹⁰ Si tratta fondamentalmente della teorica della fattispecie di effetti che, almeno nella sua formulazione originaria, è pervasa dalla pulsione ad identificarsi integralmente con il meccanismo causalistico. Sul punto v., con osservazioni di penetrante lucidità, J. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Frankfurt a. Main, 1969 (2° ed.), 141 ss.

tazione di un significato presente allo stato di latenza in seno a ciascun enunciato normativo) alle quali il ceto dei giuristi si adegua fino al punto da considerare non semplicemente sbagliate, ma, addirittura, estranee al modo di procedere suo proprio ogni ipotesi di costruzione del discorso giuridico che da esse si discostasse.

Essa, inoltre, presuppone un ordine sociale caratterizzato da un elevato grado di omogeneità dove gli unici interessi a trovarsi rispecchiati nella trama delle regole giuridiche sono quelli delle classi dominanti.

In una simile temperie, l'idea di un diritto comune – che di per sé non rappresenta certo una novità nella plurisecolare esperienza del diritto dell'occidente – acquista una forza davvero inusitata trasformandosi da criterio eminentemente pratico di rinvenimento della regola giuridica (e del correlativo ordine di norme) da applicare al caso concreto, in una direttiva vincolante per l'interprete, dotata di tutta la costrittività di cui sono capaci artefatti ideologico-culturali in grado di assurgere al rango di senso comune. Intendiamoci: non è che un diritto comune, sinonimo di un giacimento di regole e di concetti ai quali attingere tutte le volte che si ponga un problema di tipo applicativo (dalla lacuna in senso stretto alla presso che fisiologica polisemia degli enunciati del legislatore), non si desse, rappresentando, anzi, l'esito più significativo dello sforzo unificatorio in discorso: il punto è che anche in questo caso – come nel caso del giudice *bouche de la loi* – su un dato di realtà – la presenza, in seno all'ordinamento giuridico, di un insieme organico, coerente e tendenzialmente completo di disposizioni normative, vale a dire il codice civile – si innesca un surplus di prescrittività apprezzabile più sul ter-

reno, appunto, ideologico – culturale che non sul terreno dello stretto diritto positivo, e che trasforma quel dato di realtà in un modello, in una vera e propria *Weltanschauung*.

Un simile esito, vale la pena di sottolinearlo ancora, è il frutto della contestuale presenza sulla scena di una fonte normativa con le caratteristiche, già ricordate, del codice civile, e di una giurisprudenza teorica con pretese di rigore coerenza e verità tipiche delle scienze esatte. In particolare, quest'ultima – nella sua versione di *Begriffjurisprudenz*, a cui arrise un'enorme fortuna riconducibile anche al prestigio di cui godevano la cultura e l'università tedesche – finì per costituirsi come serbatoio di una razionalità immanente al sistema normativo, a cui era affidato il compito di ridurre il livello di incertezza e di ambiguità fisiologicamente connesso a ciascun singolo enunciato del legislatore¹¹.

Così, può senz'altro affermarsi che l'idea, presente nella cultura giuridica europeo-continentale in una varietà di sfumature, secondo cui l'attività dell'interprete ha un carattere eminentemente ricognitivo, trova la sua scaturigine prima, come ovvio, nel primato della legge e, per quanto attiene al diritto privato, di quella particolarissima legge che è il codice civile. Tuttavia, al consolidarsi di questa idea contribuisce in misura decisiva il vincolo che astringe l'interprete non soltanto alla legge ma anche al sistema dei concetti: questo, infatti, sovrappo-

¹¹ Rilievi analoghi, anche se in una diversa chiave ricostruttiva, in C. Castronovo, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, 189-190.

nendo al dato linguistico positivo – già caratterizzato da un notevole, ancorché sempre relativo, grado di chiarezza proprio in ragione della sua matrice sistematica – offre una riserva di criteri logici e linguistici, in virtù dei quali il margine di imprevedibilità che a ciascuna operazione ermeneutica si accompagna risulta ulteriormente eroso¹².

2. Legge, mercato e autonomia privata nei tre capitalismi

L'idea di diritto comune figlia del binomio codice civile-*Begriffjurisprudenz* non sembra avere retto all'urto delle profonde trasformazioni subite dagli ordinamenti giuridici dei paesi di punta dell'area di *civil law* durante tutto l'arco del Novecento. Credo sia davvero inutile prodursi nell'ennesimo elenco delle cause tutte, in sostanza, riconducibili alla rottura dell'originario assetto su cui si

¹² Nel panorama italiano, una rappresentazione efficacissima di questo fenomeno di innervamento – se non di identificazione – della dogmatica nel sistema del diritto positivo – cioè, ancora una volta, del codice civile – si rinviene in R. Nicolò, *Diritto civile*, in *EdD*, XII, Milano, 1964, 906-907, dove la locuzione “diritto civile” designa fondamentalmente un insieme di istituti e di principi che rende possibile, ancora prima che la sua riduzione ad una qualche misura di ordine e di coerenza, la pensabilità stessa di una materia giuridica consegnata, viceversa, alla dimensione della storia (il “diritto privato”). Il perdurante prestigio del modello dogmatico di *scientia iuris* è altresì documentato dal celebre scritto di N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1950, 342 ss. in cui il problema della scientificità del diritto viene risolto prescrivendo al giurista di continuare a fare quello che egli, usualmente, fa, o, forse, faceva sulla base di quel modello.

fondava il primo capitalismo: una rottura provocata dalla saldatura tra un'economia politica – il capitalismo, appunto – per la quale la produzione e lo scambio di merci si emancipano dai bisogni reali della società e si ergono a principio costitutivo di quest'ultima, e la scienza e la tecnica le quali, a loro volta, entrano, a partire dalla seconda rivoluzione industriale, in una fase di sviluppo inarrestabile culminato nelle odierne fantasmagorie dell'infodigitale.

In altri termini, la grande trasformazione, quella che riassume in sé tutte le altre – e cioè l'avvento e la diffusione, su una scala da principio abbastanza ridotta, del modo di produzione capitalistico – attiva un meccanismo di mutamento permanente degli equilibri economici e sociali dati a cui, come ovvio, neppure il suo primo stadio evolutivo si sottrae. Si forma così una storia interna del capitalismo che si sviluppa attraverso una pluralità di passaggi, concettualizzabili secondo criteri a loro volta anche molto diversi e suscettibili di variare in ragione degli interessi dell'osservatore e delle finalità che lo animano.

Così, tenuto conto del legame molto intimo che nella modernità intercorre tra forme dell'economia politica e forme del diritto, presentandosi, già a partire da Locke, le rivendicazioni della borghesia in quanto portatrice di specifici interessi materiali come rivendicazioni eminentemente giuridiche, un possibile criterio ordinante della complessa e tortuosa vicenda del capitalismo è rinvenibile proprio nel modo in cui si è andato atteggiando il rapporto tra i due termini di quel legame¹³. A

¹³ Per un riferimento colto si v. M. Foucault, *Nascita della biopolitica*,

questo riguardo, e con tutte le inevitabili approssimazioni del caso, è possibile individuare tre modelli fondamentali, a ciascuno dei quali corrisponde una fase diversa dello sviluppo capitalistico.

Nel primo modello, che chiamerò del capitalismo.1, il processo economico oggetto di disciplina giuridica è rappresentato dallo scambio, cioè da un insieme di transazioni atomisticamente considerate, e poste in essere da soggetti resi eguali proprio dalla potenza astraente e, in pari tempo unificante, del diritto. Tra quest'ultimo e l'autonomia privata – che del processo economico diventa qui la traduzione giuridico – formale – si instaura una relazione caratterizzata dalla circostanza che le regole predisposte dal codice civile sono norme d'azione la cui *ratio* si esaurisce nella pura e semplice individuazione delle condizioni richieste affinché il diritto dei privati espliciti la sua efficacia precettiva. Con le parole del più celebre dei pandettisti, «il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata. La persona comanda, ed il diritto si appropria il suo comando (sotto riserva della *causae cognitio*)»¹⁴.

In realtà il diritto non si limita ad effettuare un controllo di larga massima sulla liceità dell'atto di autonomia privata, perché esso, come già detto, ne fissa anche le condizioni procedurali di efficacia, o di legalità, per dirla

Milano, 2005, *passim*, che ricostruisce la storia del liberalismo proprio a partire dal modo in cui quella relazione è stata concepita, da d'Argenson a Posner.

¹⁴ B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I,1, trad.it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1902, nt. 1°.

con Emilio Betti¹⁵. In entrambi i casi si tratta, comunque, di norme che non interferiscono né con il contenuto né con la sorte dell'atto, nel senso che se questo è illecito o illegale, la reazione dell'ordinamento giuridico si esaurirà nella inibizione degli effetti: appunto, pure e semplici norme d'azione. A questa prima tipologia di norme se ne affianca, poi, una seconda – quella delle norme dispositive/suppletive agglutinate, in prevalenza, per tipi contrattuali – che, pur distinguendosi da quella sotto il profilo strutturale, ne condivide però l'ispirazione puramente ausiliaria, se non sussidiaria, rispetto ad una potenza, l'autonomia privata, destinata a dispiegarsi traendo alimento, in primo luogo, da sé medesima.

Nel secondo modello, del capitalismo.2, il diritto dismette programmaticamente il suo atteggiamento di puro ausilio, o sussidio, di un processo economico autofondato, a favore di una *policy* interventista, che assume forme diverse e si alimenta di motivazioni parimenti differenti, riconducibili ora alla presa d'atto della possibilità che il mercato fallisca, ora ad una (presunta o reale) volontà di affidare alla mano pubblica la promozione di una società più giusta e più eguale (si vedano gli artt. 3, comma 2°, 2 e 41 della nostra Costituzione).

Il capitalismo.2 ha sollevato, come è noto, un gigantesco problema di ordine storiografico che è, in pari tempo, un enorme problema di ordine teorico. Questo problema, nei suoi termini essenziali, si lascia riassumere nella seguente domanda: il passaggio dal capitalismo.1

¹⁵ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1950, 114 ss.; 373 ss.

(*laissez faire*) al capitalismo.² (interventismo) è frutto di uno sviluppo endogeno del capitalismo *tout court*, ovvero trae origine dalle pressioni esercitate sul sistema dai conflitti e dagli antagonismi di classe i quali avrebbero innescato, a seconda delle diversità nazionali, o reazioni di tipo difensivo (il fascismo) o reazioni di tipo progressista (il *new deal* che, nello spazio europeo, verrà declinato secondo quell'inconfondibile mix di keynesismo e *welfare* che ha rappresentato una delle cifre forti dell'identità del continente a partire dalla sua generalizzazione postbellica, fino alla ripresa neoliberalista degli anni '80).

Senza voler entrare nel merito di una questione tanto complessa, mi limiterei ad osservare che: a) la stessa lotta di classe e l'irruzione sulla scena della storia del movimento operaio possono considerarsi, a ben vedere, una vicenda tutta interna al modo di produzione capitalistico, circostanza questa sulla quale si fonda, in ultima analisi, la pretesa di scientificità del socialismo marxiano; b) una mano pubblica interventista in economia soddisfa, in primo luogo, esigenze che sono proprie dei singoli capitalismi nazionali in competizione tra loro, nel senso che suo tramite vengono scaricati sulla collettività costi che altrimenti rimarrebbero a carico del sistema delle imprese, salvo poi ravvisare in essa lo strumento attraverso il quale istaurare un ordine socio - economico più avanzato¹⁶.

¹⁶ La letteratura sul tema è smisurata. Per un primo orientamento v. M. Tronti, *Lo Stato del capitalismo organizzato*, in Aa.Vv., *Stato e capitalismo negli anni trenta*, Roma, 1979, 67 ss. Scrive A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Torino, 1975, 1228: «si avrebbe una rivoluzione passiva nel fatto che per l'intervento legislativo dello Stato e attraverso l'organizzazione cor-

Ad esempio, tutta la cosiddetta legislazione di incentivo può essere letta, e per una certa fase storica è stata letta, alla stregua di una modalità non autoritaria di governo dell'economia; in realtà, specie nell'esperienza italiana, essa è servita fundamentalmente a sopperire alla cronica difficoltà di accesso al credito, in una con la più marcata difficoltà di autofinanziarsi, delle piccole e medie imprese. In altri termini, quella che ad un'intera generazione di giuristi era apparso un vero uovo di Colombo, in virtù del quale salvare la capra del socialismo (o, quanto meno, di una programmazione pubblica dell'economia) e i cavoli della libertà di impresa era, molto più prosaicamente, il surrogato dei vari salotti buoni della finanza italiana a cui, come ovvio, accedeva soltanto l'aristocrazia industriale.

Altro esempio. L'obbligo legale a contrarre di cui all'art. 2597 c.c. è, come è noto, la trasposizione codicistica

porativa, nella struttura economica del paese verrebbero introdotte modificazioni più o meno profonde per accentuare l'elemento "piano di produzione", verrebbe accentuata cioè la socializzazione e cooperazione della produzione senza per ciò toccare (o limitandosi solo a regolare e controllare) l'appropriazione individuale e di gruppo del profitto». L'impiego della categoria della "rivoluzione passiva", notoriamente centrale in tutta l'analisi gramsciana (al riguardo, per una sintesi, v. P. Voza, ad vocem, in *Dizionario gramsciano 1926-1937*, a cura di G. Liguori e P. Voza, Roma, 2009, 724 - 728), lascia chiaramente intendere come per Gramsci la pulsione (auto)regolatoria che il capitale sviluppa in coincidenza con la grande crisi del '29 attui una razionalizzazione del sistema che passa anche attraverso l'assorbimento di talune istanze riconducibili al ventaglio di rivendicazioni messe in campo dalla classe operaia occidentale: mossa alla quale si accompagna un guadagno secco in termini di "egemonia" delle classi dominanti e degli interessi costituiti di cui esse sono espressione.

di una regola di diritto speciale, segnatamente di diritto dei trasporti pubblici e, ancora più precisamente, di diritto ferroviario. Siamo, cioè, in presenza di una pseudo-limitazione dell'autonomia contrattuale che, viceversa, rappresenta una tecnica di regolazione di attività economiche svolte in regime di monopolio legale o di concessione amministrativa. Ora, è parimenti noto che nel dibattito italiano l'obbligo legale a contrarre è assurdo ora a norma-paradigma di una più generale tendenza, immanente al sistema, alla funzionalizzazione dell'impresa o, in una più misurata prospettiva di modernizzazione del sistema medesimo, una possibile risposta alla mancanza di una disciplina *antitrust*¹⁷.

In questa fase dello sviluppo capitalistico che, grosso modo, copre tutto il corso del XX secolo con la sola eccezione dei suoi due decenni conclusivi, viene emergendo sempre più chiaramente, sebbene con una inevitabile gradualità, un'idea attivistica del diritto, in forza della quale il legislatore non si limita a predisporre regole mimetiche dell'ordine degli scambi, ma, appunto, interviene attivamente sul processo economico se non per orientarne l'andamento, quanto meno per correggerne gli squilibri¹⁸. Come ovvio, tutto questo non può

¹⁷ Su quest'ultimo punto mi permetto di rinviare alla mia recensione del libro di C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, in *Europa dir. priv.*, 2005, 283 ss.

¹⁸ È quella che Bobbio, con una delle sue tante felicissime formule, chiamò la funzione promozionale del diritto a proposito della quale v., appunto, N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1312 ss., ora in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, 22 ss.

non incidere sul modo di strutturarsi della relazione tra legge e autonomia privata: ne è segno tangibile il moltiplicarsi di norme imperative che più non si limitano a riprodurre le regole del gioco economico, negando efficacia agli atti difformi, ma modificano e, in pari tempo conservano, quanto le parti stesse avevano stabilito.

Il terzo modello, del capitalismo.3, corrisponde all'attuale fase dello sviluppo capitalistico. Essa si apre con la controrivoluzione liberista preparata nelle grandi università americane già a partire dagli anni '50 e culminata nel ciclo reaganiano-tatcheriano degli anni '80¹⁹. Sul piano della cultura giuridica la sua espressione più nota e più vistosa, oltre che ideologicamente più lineare, è rappresentata dalla *law and economics* versione Chicago cui ha arriso un notevole successo non soltanto sotto il profilo teorico ma anche sotto il profilo delle prassi politico-istituzionali, specie sul terreno di un significativo ridimensionamento delle pretese regolative del diritto *antitrust*²⁰. Sarebbe tuttavia molto riduttivo, un vero e proprio errore prospettico, leggere il capitalismo.3 attraverso le lenti della sola *law and economics*, per di più nella sua declinazione più radicale: e questo per una serie di ragioni che ora proverò ad elencare, sia pure in modo molto sommario.

Intanto, è bene chiarire che la *revanche* neoliberista

¹⁹ Una lettura critica dell'intera vicenda offre D. Harvey, *Breve storia del neoliberismo*, Milano, 2007, *passim*.

²⁰ L'opera di riferimento resta R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, 2007 (VII ed.), *passim*. Utile, e disponibile anche nella traduzione italiana, M.A. Polinsky, *Un'introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 1986, *passim*.

si è manifestata in una pluralità di forme irriducibili ad un modello unico, se non a prezzo dell'ennesima forzatura ideologica, ovvero di una semplificazione utile su un piano puramente descrittivo ma comunque priva di una reale *vis* esplicativa. La prima costante è rappresentata da un radicale ridimensionamento, se non da un vero e proprio smantellamento, di quel sistema di diritti e di garanzie che va (forse sarebbe il caso di dire: che andava) sotto il nome di *welfare state*. Un processo, questo, che a sua volta ha seguito percorsi diversi in ragione delle variabili di tempo e di luogo, incontrando una resistenza maggiore o minore a seconda delle circostanze e che si è ammantato delle motivazioni più diverse: ora di tipo squisitamente ideologico, come è accaduto nell'attacco allo stato sociale sferrato dai guru della destra radicale nordamericana, da Nozick a Buchanan; ora di tipo più pragmatico, come è accaduto là dove, specie in Europa, le politiche di destrutturazione dello stato sociale si sono alimentate dell'ossessivo richiamo alla crisi fiscale dello stato o, nella variante italiana, della necessità di modernizzare e razionalizzare un sistema fortemente inquinato da elementi di assistenzialismo e di clientelismo.

La seconda costante è rappresentata da una riscrittura delle regole giuridiche che disciplinano il rapporto (conflitto) capitale – lavoro tutta favorevole al primo. Anche qui le ragioni addotte sono le più diverse – dalle trasformazioni subite dal lavoro stesso alle nuove compatibilità imposte dalla globalizzazione – ma il risultato è comunque sempre uno, e cioè la progressiva riduzione della zona di stabilità del posto di lavoro (in uscita e, ancora di più, in entrata) – ossia della risorsa fondamentale di cui disponeva la classe dei salariati – a fronte della spe-

culare espansione delle aree di lavoro atipico (cioè, precario)²¹.

Se però spostiamo l'asse del discorso in direzione dell'intervento pubblico in economia strettamente inteso, il quadro si fa molto più articolato. Certo, a partire dall'inizio degli anni '80, con il Regno Unito di Margaret Thatcher come capofila, l'Europa è stata teatro di un gigantesco processo di redistribuzione della ricchezza noto al grande pubblico con il nome di privatizzazioni²².

Tuttavia, la massiccia dismissione da parte dello Stato della proprietà o del controllo di imprese sin lì pubbliche (ancora una volta sostenuta da motivazioni tanto eterogenee sotto il profilo contenutistico quanto convergenti nel presentarla come una necessità imprescindibile: dalla sempiterna crisi fiscale, alla (ontologica) maggiore efficienza del privato, al superamento dei monopoli, donde l'altra parola magica che a privatizzazioni si è accompagnata in oltre vent'anni di un dibattito pubblico pressoché a senso unico: liberalizzazioni) non si è per nulla tradotta in un ritorno alle origini, al capitalismo¹ e al suo modello di relazione legge – autonomia privata ispirato ad un'idea di pura ausiliarità della prima rispetto alla seconda, come invece avrebbero voluto i neoliberali ortodossi. Tutt'al contrario perché se è

²¹ Un quadro d'assieme in *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro* (a cura di L. Mariucci), Bologna, 2006, *passim*.

²² Su liberalizzazioni e privatizzazioni si vedano G. Zanetti, G. Alzona, *Capire le privatizzazioni*, Bologna, 1998, *passim*, e, in una prospettiva più strettamente giuridica, *Le privatizzazioni in Europa* (a cura di R.G. Rodio), nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, XXXIV, Padova, 2003, *passim*.

vero che in questi ultimi decenni si è assistito ad un cospicuo ridimensionamento di una presenza diretta dello stato nell'economia, è altresì vero che questo fenomeno è andato poi di pari passo con una nuova forma di interventismo di tipo regolatorio che francamente non mi pare abbia nulla da invidiare, dal punto di vista delle proporzioni assunte, all'interventismo classico della fase precedente, di quello che ho chiamato il capitalismo.²

Anche qui sarebbe impossibile procedere ad un inventario analitico della sterminata serie di episodi normativi attraverso i quali questo interventismo di nuovo tipo ha preso forma. Mi limiterò, quindi, ad isolare alcuni filoni fondamentali che, almeno a mio avviso, sono accomunati da una *ratio* omogenea, in un certo senso riassuntiva dello spirito del tempo.

3. Un caso clinico: il diritto dei consumi e l'autonomia privata

In primo luogo, credo vada segnalata la produzione normativa dell'Unione Europea in punto di tutela del consumatore. Essa riveste un significato particolare per due ordini di ragioni.

La prima ragione è che la legislazione consumeristica di matrice comunitaria è andata ad incidere gli equilibri di una disciplina – quella del contratto – che rappresenta il cuore della relazione legge-autonomia privata. Il diritto contrattuale dei consumi, infatti, non può in alcun modo essere considerato un microsistema, alla maniera, tanto per intenderci, della disciplina dei rapporti agrari o di quella della locazione di immobili ur-

bani introdotta con la ormai storica l. n. 392/78: e questo non soltanto per ragioni di tipo quantitativo ma anche, e direi fundamentalmente, perché, a differenza di quanto accadeva con i cosiddetti microsistemi, qui la finalità non è quella di correggere le storture di un mercato che produce risultati reputati iniqui alla stregua di un parametro esterno (ad esempio, l'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2° Cost.) quanto, piuttosto, quello di consentire al mercato di funzionare al meglio delle sue possibilità rimediando a varie distorsioni quali lo squilibrio di potere normativo, se non di potere economico, e lo squilibrio di informazioni²³.

Se le cose stanno così, però, diventa molto più difficile, se non addirittura impossibile, sbarazzarsi della questione relegando il diritto contrattuale dei consumi entro l'orizzonte della specialità perché, bisogna chiedersi, come fa ad essere speciale un insieme di norme solidali con il mercato ossia con quello che oggi presso che universalmente viene considerato il riferimento primario di tutte le *policy* legislative e, in particolare, di quelle dell'Unione Europea²⁴. Certo, il prepotente riaffacciarsi in seno alla disciplina del contratto di un profilo di *status* (la coppia professionista-consumatore) sembrerebbe

²³ Sul punto v., in particolare, *infra*, Cap. II, paragrafi 5-6.

²⁴ Nel caso dell'UE, poi, le *policy* di costruzione, rafforzamento e tutela del mercato concorrenziale si presentano poi, per così dire, allo stato puro nella misura in cui, difettando l'Unione di una specifica competenza normativa in materia di occupazione e distribuzione sociale, esse determinano la nascita di «... un'area di economia pura, ossia un'emancipazione dall'economia *sociale* di mercato» (così E.W. Böckenförde, *Dove va l'Europa*, in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, 2007, 182).

suonare conferma dell'inevitabile destino di specialità del *Vertragsverbraucherrecht*: se non fosse che, proprio per le ragioni indicate in precedenza, ciò che deve intendersi per diritto comune (e, quindi, del tutto conseguentemente, ciò che deve intendersi per diritto speciale) dipende, ancora prima che da una valutazione tecnica di impossibile neutralità, da un giudizio che, storicamente, ha tenuto conto di una serie di variabili: *in primis*, l'attitudine dello *Allgemeiner Teil* a rispecchiare un progetto e un modello di società, sia pure attraverso tutto il fittissimo reticolo delle convenzioni linguistiche e concettuali di cui un universo di discorso complesso e autonomo come il diritto è capace²⁵.

²⁵ Anzi, come scrive molto chiaramente A. Gambaro, *Codice civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 447 «il codice... contiene le strutture giuridiche del mercato». Secondo Gambaro questo dato, anche a suo avviso, inoppugnabile, sarebbe stato sopravvalutato o, addirittura, convertito in un vero e proprio dogma storiografico, di chiara ascendenza marxista, senza tener conto, per un verso, della circostanza che «le borghesie nazionali più forti e prospere come quelle dei paesi anglosassoni non abbiano codificato» e che, per altro verso, l'iniziativa di codificare sia stata assunta anche in paesi (dalla Prussia di Federico Guglielmo II all'Austria di Francesco II e, dopo il Congresso di Vienna, nel Regno delle Due Sicilie, il «meno borghese fra gli stati italiani preunitari») in cui la borghesia non aveva ancora conquistato il potere politico. Entrambi i rilievi appaiono, a loro volta, inoppugnabili: e, tuttavia, non può non osservarsi, riguardo al primo, come il nesso tra codificazione civile e mercato o, se si preferisce, tra codificazione civile e quella specifica fase dell'economia politica capitalistica che coincise con la conquista del potere da parte della borghesia, non è un nesso di tipo metafisico, di talché esso sconta inevitabilmente il peso della storia e, nel caso di specie, della variabile di una tradizione per la quale la produzione del diritto era affidata, in via programmatica, alle corti. Tuttavia, lo stesso Gambaro ricorda che in Inghilterra il medesimo risultato di una robusta razionalizzazione in senso promercantile delle regole giuridiche si raggiunse attraverso

Ora, ripeto, a me pare davvero un azzardo concettuale il ritenere che la disciplina consumeristica possa situarsi al di fuori del perimetro idealmente descritto da quel pezzo di sistema giuridico a cui spetterebbe oggi, come è accaduto ai codici civili all'epoca del diritto pro-

una profonda riforma legislativa dell'amministrazione della giustizia che consentì di instaurare o, quantomeno, di perfezionare un sistema caratterizzato da «una giurisdizione centralizzata per cui le regole accolte dalle corti supreme possano divenire le regole di condotta per tutti gli operatori economici nazionali»; mentre negli Stati Uniti fu la Corte Suprema ad assolvere quel compito, costituzionalizzando «il contratto, la capacità delle persone fisiche e giuridiche, la tutela dei creditori, ecc.». Insomma, le vie di accesso alla costruzione di un ordine giuridico *market oriented* sono state, nella prima modernità, plurali e la forma codice è solo una di esse: tuttavia, mi pare fuor di dubbio che tanto la codificazione come fenomeno storico, quanto i suoi esiti contenutistici non possano essere correttamente inquadrati e compresi se non a partire dal loro essere e rispecchiare «le strutture giuridiche del mercato». Circa poi l'opposto caso di codici senza borghesia, potrebbero ancora utilmente richiamarsi le osservazioni di A. Gramsci, *op. cit.*, 2032 - 2033, a proposito delle «differenze tra la Francia, la Germania e l'Italia nel processo di presa del potere della borghesia (e Inghilterra)». In alcuni di questi paesi (come, appunto, la Germania e l'Inghilterra) le borghesie nazionali, infatti, lasciarono il potere politico nelle mani delle vecchie classi dirigenti (gli *Junker*, l'aristocrazia) le quali, dal canto loro, assecondarono la modernizzazione economica e giuridica rivendicata dal nuovo attore sociale. In altre parole, quando, nel corso dell'Ottocento, il codice approda in realtà meno evolute di quelle nelle quali la borghesia aveva assunto una funzione direttiva, è perché, in ogni caso, in tali realtà erano in atto processi di modernizzazione della struttura economica che le vecchie classi dominanti assecondarono anche attraverso la ricezione, più o meno pedissequa, del *Code Napoléon*. Infine, per quanto riguarda i codici che furono espressione dell'assolutismo illuminato, a cominciare dall'*ALR* prussiano del 1794 (su cui v. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, 1980, 500-512), essi, come è stato osservato (G. Tarello, *op. cit.*, 486 ss.) difettano del requisito fondamentale della codificazione borghese genuinamente intesa, ovvero la *reductio ad unum* del soggetto di diritto.

toborghese, di rispecchiare l'ordine socio-economico dominante. E, semmai, ci si dovrebbe chiedere non tanto se per caso il diritto dei consumi sia diventato, o sia destinato a diventare, il diritto comune del terzo millennio, con tutto l'inevitabile e un po' stucchevole corredo di proclami sulla consumerizzazione (versione postmoderna della già sperimentata commercializzazione) del diritto civile, quanto piuttosto se di un diritto comune, nel senso forte che ho provato ad indicare e non nel senso, molto più debole, di un diritto di applicazione puramente residuale, sia ancora possibile parlare. Infatti, l'impressione sempre più marcata che si ricava dal quadro attualmente offerto dalla legislazione civilistica è quella di un arcipelago di corpi normativi – oggi si usa dire sottosistemi, come una volta si diceva microsistemi, formule venate di un indubbio ottimismo, entrambe implicando l'esistenza di un sistema – ciascuno dei quali impegnato, dalla propria peculiare prospettiva, nel tentativo di approntare una disciplina giuridica del mercato concorrenziale, secondo strategie variabili che di volta in volta individuano obiettivi diversi a seconda del punto di partenza.

Qui è necessario fare un passo indietro e riprendere la tripartizione interna alla storia del capitalismo in capitalismo.1, capitalismo.2 e capitalismo.3. Come si ricorderà, questa tripartizione è imperniata sul criterio della relazione legge-autonomia privata e si struttura secondo un modello mimetico nel capitalismo.1 e secondo un modello correttivo nel capitalismo.2.

Nel capitalismo.3 prevale, invece, un modello di tipo costruttivo/omeopatico – chiarirò tra breve cosa debba intendersi al riguardo – e ciò dipende dal fatto che, a differenza di quanto accade nel capitalismo.1, qui il mer-

cato non è più un semplice *presupposto*, ma un *obiettivo*: in altri termini, mentre per il diritto del primo capitalismo il mercato è un dato da assumersi come tale (dove, appunto, il carattere mimetico della disciplina giuridica delle transazioni economiche), per il diritto del terzo capitalismo il mercato (concorrenziale) rappresenta, appunto, un fine da raggiungersi per il tramite di un apparato di regole giuridiche idonee a creare un ambiente favorevole al pieno dispiegarsi delle prestazioni di cui quel dispositivo è, per *communis opinio*, capace al di là di ogni ragionevole dubbio.

Il diverso modo di atteggiarsi dell'economia politica rispetto al diritto – non più punto di partenza, ma punto d'arrivo, ideale regolativo dai contorni nitidissimi nelle declamazioni di principio, ma in realtà caratterizzato da vaste zone d'ombra allorché si tratti di scolpirne più da presso la fisionomia – provoca anche una trasformazione profonda nella qualità della legislazione privatistica per la quale, come ovvio, non è più sufficiente prevedere regole istitutive delle condizioni di ricevibilità dell'atto di privata autonomia, essendo, viceversa, necessario contemplare anche regole prescrittive di condotte coerenti con l'obiettivo della creazione e della conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato. Si spiega così il sempre più frequente affiancarsi alle norme d'azione – tipiche della tradizionale disciplina dei rapporti privati – di norme di relazione, ossia di norme che pongono a carico dei singoli e, in particolare, degli attori che operano sulla scena del mercato in posizione di forza, specifici obblighi di comportamento²⁶.

²⁶ In genere, come ovvio, si tratta di imprese: imprese in posizione

4. Le metamorfosi della norma di diritto privato

Da questo punto di vista, il diritto contrattuale dei consumi torna a rivestire un valore esemplare. Si consideri, in primo luogo, la disciplina della vendita dei beni di consumo, oggi rinvenibile agli artt. 128 ss. cod. cons. L'art. 130, comma 2° cod. cons. attribuisce al consumatore, in prima battuta, per il caso di difetto di conformità del bene acquistato, «il diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione..., ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto...».

Come si ricava dalla disciplina di cui ai commi successivi del medesimo art. 130, i rimedi offerti al consumatore si dispongono secondo una struttura gerarchica che privilegia la riparazione e la sostituzione, avendo ingresso la riduzione del prezzo o la risoluzione solo quando «... a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose; b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al comma 6°); la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore». Il primato del rimedio specifico, che segna una chiara presa di distanza, anzi un vero e proprio ribaltamento, rispetto al modello codicistico, imperniato, viceversa, sulle

dominante, come nel caso della legge *antitrust*, imprese che godono di una posizione di forza rispetto ad altra impresa "dipendente", imprese che intrattengono rapporti con clienti e consumatori *stricto sensu* come, appunto, accade nella ormai estesissima congerie delle disposizioni consumeristiche.

azioni edilizie²⁷, è coerente con l'obiettivo di potenziare i servizi di assistenza alla clientela, in particolare di quelli postvendita, ciò che, a sua volta, è funzionale ad un disegno di espulsione dal mercato delle imprese incapaci di attrezzarsi alla bisogna.

Ai fini del nostro discorso merita di essere sottolineata la circostanza che questa nuova regola di matrice comunitaria, nella misura in cui appunto privilegia la riparazione o la sostituzione, si traduce nell'assoggettamento del venditore a prescrizioni di segno positivo, veri e propri obblighi di *facere*, là dove il sistema edilizio si affida a tecniche di tutela di tipo potestativo.

Altro esempio, tratto sempre dalla disciplina consumeristica. Ai sensi dell'art. 35, comma 1° cod. cons. "nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e com-

²⁷ Secondo A. Nicolussi, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato* (a cura di L. Nivarra), Milano, 2008, 442, nt. 80, le norme di cui al testo generalizzerebbero, a beneficio dei consumatori, la garanzia di buon funzionamento prevista dall'art. 1512 c.c. in ragione della quale, come è noto, il venditore è tenuto a riparare o a sostituire la cosa. Si può senz'altro convenire al riguardo, ma non si può neppure trascurare la circostanza che, a tacer d'altro, il buon funzionamento codicistico deve essere oggetto di una pattuizione espressa, mentre i rimedi consumeristici non sono affatto nella disponibilità delle parti. Inoltre, ai sensi del comma 2° dell'art. 1512 c.c. la scelta tra sostituzione e riparazione è, una volta raggiunto dall'ordine del giudice, nelle mani del venditore, mentre, ex art. 130, comma 3° cod. cons., la medesima scelta dipende esclusivamente dal consumatore. Sulla disciplina della vendita dei beni di consumo esiste una letteratura estesissima: v., tra le prime ricognizioni ad ampio raggio, *La vendita dei beni di consumo* (a cura di R. Alessi), Milano, 2005, *passim*.

prensibile”. Anche qui, come è facile costatare, la legge impone al professionista – predisponente un vero e proprio obbligo di fare, funzionale al superamento della famosa asimmetria informativa.

Sulla medesima lunghezza d’onda si collocano le disposizioni del d.lgs. n.58/98 – il Testo Unico della Finanza – il quale agli artt. 21 e 23 (per non parlare, poi, del Reg. Consob n. 11522/98) contempla una serie nutritissima di obblighi a carico dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento, obblighi individuati prima in via generale (trasparenza, correttezza, diligenza) e poi specificati attraverso la descrizione, sempre più analitica, di condotte puntuali.

Se dalla zona saldamente presidiata dalla regola consumeristica ci si sposta in direzione di quella – si direbbe grigia – in cui il destinatario della tutela è l’impresa in condizioni di dipendenza economica, il quadro, nella sostanza, non muta, anche se qui la tecnica legislativa si avvale dello strumento del divieto piuttosto che di quello del comando²⁸. Così, ai sensi dell’art. 9, comma 1° della

²⁸ Il rapporto tra questi due sottosistemi – quello orientato nel senso della tutela del consumatore e quello orientato nel senso della tutela dell’impresa in posizione di debolezza – viene, in taluni settori della cultura civilistica italiana, concettualizzato secondo modalità molto differenti, almeno a livello programmatico, con ricadute in tesi del pari vistosamente divergenti sul piano ermeneutico – applicativo. Secondo una prima linea di pensiero (v. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002, 639 ss.) dai due sottosistemi è possibile ricavare elementi utili per la elaborazione di una nuova categoria, quella del “contratto con asimmetria di potere contrattuale”; mentre secondo un altro indirizzo

l. n.192/98 (la cosiddetta legge sulla subfornitura) “è vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un’impresa fornitrice...” mentre, ai sensi del comma 2° dello stesso art. 9, “l’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria nelle relazioni commerciali in atto”.

L’esemplificazione, che riecheggia quella dell’abuso di posizione dominante (art. 2 l. n. 287/90, cosiddetta legge *antitrust*; art. 82 Tr. CE), figura contigua, e talora sovrapposta, a quella dell’abuso di dipendenza economica, (si veda, al riguardo, l’art. 3-bis della l. 192/98), testimonia del carattere del tutto peculiare di questi divieti, i quali in realtà impongono alle imprese forti veri e propri obblighi positivi (di contrattare, di comprare, di vendere, di effettuare o riceversi la fornitura, di applicare condizioni eque e non discriminatorie, ecc.). Il diverso

(per un’ampia illustrazione del quale v. *Il terzo contratto* (a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, *passim*), i due sottosistemi non tollererebbero contaminazioni, troppo evanescente risultando, sul piano della costruzione giuridica, il dato della asimmetria di forza contrattuale, di talché a ciascuno di essi corrisponderebbe una categoria contrattuale, ossia il contratto tra professionista e consumatore (il “secondo contratto”) ed il contratto tra imprenditori, di cui uno in posizione di debolezza (il “terzo contratto”). La questione verrà ripresa più avanti (v. Cap. II, paragrafi 4-5). Per adesso mi limito a rilevare come formulazioni di questo tipo, indipendentemente dal giudizio che di esse si voglia dare, pongano in modo drammatico il problema del ruolo e del significato da attribuirsi al “primo contratto”, cioè al contratto del codice civile, che dovrebbe rappresentare il diritto comune.

modo di atteggiarsi della disciplina, del resto, ha motivazioni tutt'altro che banali. Infatti, mentre nel caso della regola consumeristica pura, l'obbligo gravante sul professionista è incondizionato e non soggiace a nessun bilanciamento, nel senso che il destinatario del comando può soltanto uniformarsi ad esso, nel caso della regola a tutela dell'imprenditore debole l'insorgere di un eventuale obbligo a contenuto positivo deve tener conto della (in)sussistenza di ragioni oggettive (quelle che la dottrina nordamericana chiama *valid economic reasons*) idonee, in tesi, a giustificare un comportamento altrimenti discriminatorio.

La differenza tra le due situazioni è illustrata in modo esemplare dalla disciplina dell'obbligo legale a contrarre gravante sul monopolista legale *ex art. 2597 c.c.* messa a confronto con il divieto, per l'impresa in posizione dominante, di non rifiutare la fornitura ricavabile dall'art. 82 Tr. CE o dall'art. 3 l.287/90. Quella del monopolista legale nei confronti del richiedente è una vera e propria obbligazione all'adempimento della quale egli non può in alcun modo sottrarsi, salvo che per i limiti di ordine tecnico o fisico di cui è traccia agli artt. 2597 e 1679 c.c. (conformità della richiesta all'oggetto dell'impresa, poeriorità della richiesta nel caso di più domande di accesso al servizio non tutte suscettibili di essere soddisfatte, come nel caso dei trasporti di linea ecc.).

Viceversa, non è affatto detto che il rifiuto di contrarre proveniente dall'impresa in posizione dominante sia di per sé illecito, dal momento che, viceversa, esso potrebbe risultare pienamente giustificato proprio per ragioni che ineriscono al buon funzionamento del mercato (caso classico è quello della distribuzione selettiva allor-

ché la selezione dei distributori da rifornire si fondi su parametri oggettivi). Esistono poi delle situazioni intermedie – o grigie – in cui la posizione di dominio di un'impresa non è apprezzabile sulla scala del mercato rilevante ma solo nell'ambito della relazione con altra impresa la quale, per ciò stesso, si ritroverà ad essere debole (è, appunto, il caso dell'abuso di dipendenza economica); o nelle quali il dominio deriva dal controllo di una risorsa essenziale per l'apertura di un mercato, come si dice, a valle (reti telefoniche, porti, funivie ecc.). In casi di questo genere, la linea di demarcazione tra i due ambiti si appanna, e così, ad esempio, allorché si tratti di assicurare all'impresa entrante l'accesso ad una *essential facility* – come è accaduto nell'ambito dei processi di liberalizzazione – lo strumento al quale si ricorrerà sarà quello dell'obbligo (legale) a contrarre (si pensi ai vari obblighi di interconnessione, portabilità ecc.)²⁹.

Ad ulteriore dimostrazione del fatto che la materia della regolazione (*lato sensu*) del mercato non si presta a semplificazioni di sorta, il quadro si intorbida quando la risorsa essenziale è un bene coperto da una privativa industrialistica, come il diritto d'autore. Infatti, il paradigma della concorrenza dinamica sperimenta qui un vero e proprio *impasse* dal momento che una risorsa attribuita allo scopo di premiare e incentivare lo sviluppo culturale e tecnologico – il *property right*, appunto – finisce per convertirsi in un ostacolo al medesimo sviluppo³⁰.

²⁹ In argomento, oltre al volume di Osti citato alla nt.17, v. V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, *passim*.

³⁰ La Corte di Giustizia ha pensato di risolvere la questione elabo-

In tutti questi casi – e nei molti altri che si potrebbero indicare – il fenomeno di cui si diceva più sopra emerge con tutta evidenza: la norma giusprivatistica non si limita più a fissare le condizioni di ricevibilità dell'atto negoziale, come accadeva nel diritto del primo capitalismo, ma impone ai privati una serie di obblighi, in questo modo chiamandoli a cooperare attivamente nella costruzione del mercato (appunto: il mercato non più semplice presupposto, ma obiettivo esplicito di una *policy* parimenti esplicita). Non solo: perché, e questo mi pare sia il dato più significativo al di là della ormai ovvia e irreversibile smentita del paradigma naturalistico, la costruzione giuridica del mercato si sviluppa, come abbiamo visto, attraverso strategie differenziate, che incorporano proprie autonome *rationes*, non sempre immediatamente coincidenti, sebbene poi convergenti, almeno in tesi, in quella sorta di *super ratio* riconducibile alla tutela della concorrenza come istituzione sistemica.

I sottoinsiemi normativi oggi dedicati specificamente alla tutela e alla promozione della concorrenza sono: a) la disciplina *antitrust*; b) la disciplina della concorrenza sleale; c) la disciplina dell'impresa in posizione di debolezza; di cui sono tasselli fondamentali la normativa in materia di abuso di dipendenza economica, quella in materia di ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, quella in materia di affiliazione commerciale;

rando la categoria del "prodotto nuovo" (emblematico, al riguardo, il caso "Magil"), ma, come ho provato a documentare altrove (L. Nivarra, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di C. Castonovo, S. Mazzamuto), III, Milano, 2007, spec. 500 ss.), la soluzione così apprestata è, in larga misura, solo apparente.

d) la disciplina a tutela del consumatore; e) la disciplina della proprietà intellettuale.

Quanto alla *super ratio* cui si accennava in precedenza, essa si identifica con la promozione di una concorrenza dinamica, ossia di un modello di organizzazione del mercato orientato nel senso di assicurare al consumatore finale prodotti e servizi di elevata qualità, il più possibile diversificati, sempre all'altezza delle possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico e a prezzi contenuti. Come ovvio, tutto questo deve fare i conti con una serie di incongruenze interne al modello: ad esempio, la funzione procompetitiva delle esclusive industrialistiche si scontra, talora, con l'esigenza di consentire la creazione di prodotti nuovi e, conseguentemente, l'apertura di nuovi mercati; ovvero con processi reali come la generale perdita del potere d'acquisto che colpisce le classi medie, o ancora, come la globalizzazione, grazie alla quale l'offerta si arricchisce a dismisura di merci molto convenienti dal punto di vista economico ma di qualità decisamente scadente.

5. Come la dialettica diritto comune-diritto speciale attraversa la modernità: la specialità nel capitalismo. 1

Dal punto di vista della dialettica diritto comune-diritto speciale, tutto questo riveste un significato molto preciso e molto rilevante. L'idea, a lungo dominante e che nella sostanza neppure il diritto del secondo capitalismo era riuscito davvero a scalfire, prevedeva che il codice civile (e il diritto civile) apprestassero una disciplina comune a tutti i rapporti di mercato, salvo poi emargi-

narne alcuni tratti di specialità, affidati ad un corpo di regole per l'appunto speciali come, ad esempio, e paradigmaticamente, nel caso del diritto commerciale.

La specialità è, come ovvio, una chiave rassicurante che, in definitiva, serve a ribadire il primato della regola di diritto comune rispetto alla quale quella di diritto speciale si limita ad aggiungere un elemento ulteriore, un *quid pluris* apprezzabile tanto sul versante della fattispecie, quanto sul versante degli effetti, senza tuttavia, appunto, mettere in discussione la sempre incombente *vis* precettiva delle norme di parte generale³¹. Poi, come è accaduto in modo emblematico con il codice civile italiano del '42, può accadere che ciò che prima era speciale diventi, almeno per gli aspetti che più direttamente attengono agli strumenti e al regime della circolazione giuridica, generale: ma si tratta di operazioni che, per quanto rilevanti e significative sia sotto il profilo culturale, sia dal punto di vista pratico, si esauriscono in una diversa distribuzione dell'arredo all'interno di uno spazio concettuale che, dal canto suo, rimane immutato perché immutata rimane l'idea di fondo e cioè che il sistema delle transazioni economiche funzioni da sé³².

La specialità del diritto commerciale (e del codice di

³¹ Tanto è vero che, sia pure soltanto a mo' di chiusura del (sotto)sistema del *ius mercatorum*, era previsto che trovasse applicazione la norma di diritto civile: v. G. Ferri, *Diritto commerciale*, in *EdD*, XII, Milano, 1964, 923.

³² Salvo, come si è visto, nel diritto del secondo capitalismo l'adozione a misure correttive che, però, agiscono dall'esterno attraverso tecniche di vario tipo e, in primo luogo, attraverso ortopedie autoritative dell'atto negoziale che, proprio perché sovrapposte ad esso, non ne mettono però in discussione la irriducibile autonomia.

commercio), poi, rispecchia una fase dello sviluppo capitalistico nella quale, presentandosi come dominante l'esigenza di liberare la ricchezza immobiliare (e la sua circolazione) dai vincoli tipici di un assetto socio-economico preborghese, la disciplina giuridica dell'atto di commercio – cioè della modalità questa volta tipicamente capitalistica di valorizzazione della ricchezza – non può ambire a candidarsi al ruolo di regola generale, perché troppo compromessa con le origini corporative della *lex mercatoria* e, dunque, culturalmente e ideologicamente inidonea a reggere il peso di un'operazione imperniata sull'astrazione, in primo luogo del soggetto di diritto. Da questo punto di vista, il diritto commerciale sconta una contraddizione insuperabile, risultando, per un verso, troppo avanzato nei contenuti e, per altro verso, troppo arretrato nella forma, rispetto ad un progetto al centro del quale si collocava la generalizzazione di un modello di accesso al mercato ed alla merce programmaticamente aperto allo *jeder*. Una volta conseguito questo obiettivo, è del tutto naturale che la specialità del diritto commerciale venga inesorabilmente riassorbita, prima attraverso il passaggio da un sistema a base soggettiva ad un sistema a base oggettiva, poi attraverso il ricorso alla presunzione secondo cui l'atto di commercio sarebbe posto sempre da un commerciante, ed infine attraverso quella che da noi è stata chiamata la commercializzazione del diritto privato³³.

³³ Un affresco della vicenda in F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, 1977, 3 ss.

Questa evoluzione e, più in generale, il paradigma della specialità, appaiono oggi, però, molto difficilmente riproponibili, se non in una chiave puramente descrittiva del possibile ed occasionale modo di atteggiarsi della relazione tra corpi di norme all'interno di un ordinamento giuridico. Sottolineo descrittiva perché, invece, come ho già avuto modo di osservare, nel diritto borghese delle origini, nella stagione delle grandi codificazioni, e, anzi, come ingrediente fondamentale dell'ideologia che le rese possibili, la coppia diritto comune-diritto speciale rivestiva un diverso significato, asseverando e, in pari tempo, consacrando, il primato di una fonte (il codice civile) e di un ordine di concetti (il sistema), sul metro dei quali andavano determinati ora il rango (non soltanto formale) delle scelte legislative, ora la legittimità e la ricevibilità delle operazioni poste in essere dall'interprete. In altri termini, l'uso che si potrebbe dire prescrittivo – valutativo della coppia diritto comune – diritto speciale rappresentava un formidabile strumento di controllo sulle dinamiche di trasformazione interne all'ordinamento giuridico nella misura in cui, appunto, era possibile attraverso il giudizio di specialità, determinare di tutto principio, e circoscrivere, l'ambito applicativo di una data norma.

A me pare che, in questa accezione forte, lo schema diritto comune – diritto speciale non sia più riproponibile. E questo non tanto, o soltanto, perché il Novecento – in particolare, la sua seconda metà – è stato il secolo delle leggi speciali, ossia della proliferazione di norme che si collocavano al di fuori della topografia e dell'ordito del codice civile, ma perché, ad un certo punto, grosso modo in coincidenza con l'avvio della *revanche* neoliberalista, da un lato, e con l'intensificarsi delle *policy* comunita-

rie in punto di costruzione del mercato unico, dall'altro, la specialità si è andata a insediare nelle zone nevralgiche del sistema, senza che la manovra classica, quella della espunzione da queste ultime del corpo estraneo, potesse venir ripetuta, se non in termini semplicemente rituali.

Proverò a spiegarmi attraverso qualche esempio. Come è noto, uno dei casi emblematici della tendenza alla costituzione di microsistemi era rappresentato dalla disciplina della locazione di immobili urbani consegnata alla l. n. 392/78, meglio nota come legge sull'"equo canone". In effetti, anche rispetto alla versione codicistica del rapporto legge/autonomia privata – che pure, per le ragioni viste, non era più quello tipico del capitalismo.¹ – la normativa in oggetto presentava numerosi elementi di distonia. In primo luogo, per la *noblesse* della materia incisa dalla normativa speciale, risolvendosi qui l'intervento del legislatore nella sottrazione al codice civile di un fenomeno di grande rilievo economico, e nella conseguente disarticolazione della disciplina di un tipo appartenente all'aristocrazia del diritto dei contratti.

In secondo luogo, se è vero che meccanismi di eteointegrazione e correzione del regolamento contrattuale erano già stati previsti in linea generale dal legislatore del '42 (basti pensare agli artt. 1339 e 1419 c.c.), è altresì vero che nel caso della l. n. 392/78 quei meccanismi erano destinati ad operare con speciale vigore, investendo profili decisivi di quanto altrimenti rimesso al voluto dalle parti, e cioè la misura del canone e la durata minima del rapporto³⁴. Questa pervasività della ortope-

³⁴ E, a prescindere dal dato per così formale, costituito dalla prero-

dia legislativa era poi esaltata, oltre che dal peso, simbolico e pratico, del suo oggetto, anche dalla sua ispirazione complessiva che non si esauriva nella volontà di correggere possibili storture, o fallimenti, del mercato, ma intendeva sostituirsi ad esso, dettando in prima persona le modalità di allocazione di una risorsa – il bene casa – considerata fondamentale ai fini dell’attuazione del programma costituzionale (art. 3, comma 2° Cost.)³⁵.

Si converrà che predicare la specialità di un corpo normativo con queste caratteristiche non è operazione particolarmente problematica. Infatti, il grado di distorsione rispetto alla morfologia di un ordinamento giuridico che, sia pure con qualche ambiguità da “compromesso costituzionale”, si ispira al principio della libertà di iniziativa economica, tutela il diritto di proprietà e si conforma al canone dell’autonomia privata, era così elevato da rendere pressoché automatico il ricorso al paradigma della specialità. Una disciplina come quella consacrata dalla l. n. 392/78 avrebbe potuto essere integrata a pieno titolo nel sistema solo se il processo di produzione di quello che all’epoca si chiamava “diritto diseguale”³⁶ fosse andato così avanti da determinare, attraverso la

gativa dei privati messa fuori gioco dalla regola eteronoma – ossia, il potere di determinare il contenuto del contratto *ex art.* 1322, comma 1° c. c., anche nel merito l’assetto autoritativamente conferito al rapporto di locazione era piuttosto oneroso per il locatore, vista la distanza che separava il canone “equo” dal canone di mercato e visto, altresì, il periodo minimo di durata del contratto (quattro anni).

³⁵ F. Padovini, *I locatari*, in *Il diritto privato degli anni settanta*, cit., 443 ss.

³⁶ V. L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Il diritto privato degli anni settanta*, cit., 17-18.

conversione della quantità in qualità, un mutamento della costituzione economica, ovvero il passaggio ad un assetto in cui, fatto salvo il riconoscimento formale dei titoli e dei poteri privati, l’esercizio dei medesimi risultasse, invece, pilotato dall’esterno, sia pure con un’intensità variabile a seconda dei casi. Come è noto, e come del resto era ampiamente prevedibile, le cose hanno seguito un corso completamente diverso e in luogo della transizione al socialismo abbiamo avuto la *revanche* neoliberista: è con gli effetti di quest’ultima sul sistema giuridico che la tenuta della coppia diritto comune-diritto speciale deve oggi misurarsi.

6. ... e nel capitalismo.2

Provo a riassumere. Il diritto borghese delle origini conosce un modo di essere della specialità che potremmo definire adattativo. La norma speciale adatta, appunto, ad una fattispecie che presenta elementi ulteriori rispetto a quella di diritto comune la regola ordinaria (la vendita commerciale rispetto alla vendita civile, l’esecuzione collettiva rispetto all’esecuzione individuale, ecc.). Questa specialità adattante è propria di una stagione del diritto borghese (e del capitalismo) in cui, come si è visto, domina su tutto l’esigenza di affermare il valore dell’eguaglianza formale e dell’astrattezza del comando giuridico anche rispetto a forme più dirette e genuine (e, quindi, anche più immediatamente riconducibili ad una costellazione di soggetti e di interessi concreti) di regolazione dell’attività economica (diritto commerciale).

Il diritto del capitalismo. 2 conosce, invece, un mo-

do di essere della specialità che potremmo dire correttivo. Qui, infatti, la *ratio* della norma speciale non risiede tanto in un'esigenza di adeguamento della regola di diritto comune ad una materia più ricca di quella oggetto della disciplina di parte generale, quanto piuttosto nella necessità di introdurre dispositivi giuridici coerenti con la complessità dell'ambiente creato dalla stessa economia politica capitalistica: e ciò a fronte delle vistose imperfezioni di un mercato di cui si sperimentava, con crescente drammaticità, l'inattitudine a funzionare in modo spontaneo senza provocare enormi distruzioni di ricchezza collettiva, ineguaglianze, tensioni sociali e finanche sovvertimenti dell'ordine politico-istituzionale.

La specialità del diritto del secondo capitalismo è quella della disciplina degli enti pubblici economici rispetto al modello della società di diritto comune, della disciplina dei rapporti agrari rispetto a proprietà ed impresa di diritto comune, della disciplina del rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto obbligatorio di diritto comune (caso questo che, con ogni probabilità, rappresenta il prototipo della specialità propria del capitalismo.2), della disciplina dell'impresa bancaria rispetto alla impresa commerciale di diritto comune. Si tratta di tutte ipotesi nelle quali, attraverso una strategia non di puro e semplice adattamento ma di vera e propria differenziazione dello strumentario giuridico, il legislatore interviene su un istituto dell'economia capitalistica ridefinendone la fisionomia in rapporto agli obiettivi volta per volta avuti di mira e imposti dal tipo di disequilibrio bisognoso di correzione³⁷.

³⁷ In un certo senso, anche in questo caso si può parlare di adatta-

Esiste, poi, una variante della specialità propria del capitalismo.2 orientata più nel senso di sostituirsi al mercato che non semplicemente a correggerlo. Ad esempio, la pretesa di incidere sulla rendita fondiaria fissando *ab auctoritate* la misura del canone locatizio e la durata minima del rapporto si iscrive a mio avviso all'interno di un disegno chiaramente finalizzato ad una redistribuzione di ricchezza da attuarsi, per così dire, a monte, sulla base del parametro costituzionale di eguaglianza sostanziale: e, in ogni caso, appunto, al di fuori del mercato inteso come meccanismo elettivo di formazione del prezzo. Un analogo ragionamento può ripetersi per la tutela reale del posto di lavoro introdotta dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, regola da considerarsi speciale rispetto ad un sistema di tutela dei diritti di credito governato, almeno secondo la *communis opinio*, dal principio di equivalenza monetaria³⁸.

In altri termini, si può dire che all'interno del capitalismo.2 – delle tre stagioni del capitalismo sin qui conosciute, senz'altro quella più ricca e contraddittoria, profondamente segnata, oltre che dalle sue crisi interne, dalla presenza organizzata e minacciosa della classe ope-

mento: solo che qui, a differenza di quanto accade nell'ipotesi precedentemente esaminata, si ha un adattamento per discontinuità e non un adattamento per semplice estensione. Questo si spiega perché la specialità del diritto protoborghese è tutta interna ad un'idea di mercato da *laissez faire*, mentre il mercato con cui si misura la specialità del secondo capitalismo ha smarrito l'incanto originario e si presenta ormai come un dispositivo artificiale il cui funzionamento richiede un robusto surplus di volontà politica.

³⁸ Ma sul punto v. S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, *passim*.

raia – il ricorso ad una normazione speciale – pur nella coincidenza, che talora si registra, dello strumentario adottato – avviene secondo due logiche fondamentalmente diverse. La prima, solidale con il modo di produzione dominante, ne asseconda le trasformazioni ed il passaggio alla dimensione caratterizzata da un'agguerrita concorrenza su scala internazionale, da una crescente instabilità dei mercati finanziari, dal consumo di massa, dalla formazione delle grandi conglomerate, dalla divaricazione tra proprietà e controllo, dal rischio ciclico di sovrapproduzione, rischio sempre incombente in un contesto nel quale il magazzino è ancora per *stock* e non per flussi, dalla nascita e dalla diffusione di sistemi di *welfare*, ecc.

La seconda, viceversa, si rivela intimamente antagonista nella misura in cui, pur nel rispetto delle compatibilità di massima imposte dall'ordine giuridico del capitale – la proprietà, la libertà di iniziativa economica, il comando dell'imprenditore sulla forza – lavoro, l'autonomia contrattuale – introduce nel sistema regole che, nel togliere spazio al diritto comune, in pari tempo sottraggono al titolare della rendita, all'imprenditore ecc., quote più o meno grandi del potere assicuratogli dall'*entitlement* originario.

La relativa uniformità delle tecniche regolatorie di cui si avvale il diritto può, talora, offuscare, se non occultare, la diversa qualità degli obiettivi di volta in volta perseguiti. Ad esempio, anche nel caso della riforma agraria attuata in Italia per il tramite della l.n.841/1950, l'esproprio coatto imposto ai latifondisti a beneficio di mezzadri e braccianti incise profondamente, sino ad estinguerle, sulle prerogative in precedenza attribuite ai primi. Da

questo punto di vista, anzi, si trattò di un intervento ben più radicale di quelli realizzatisi successivamente attraverso le norme cui si è accennato dianzi. Tuttavia, è evidente che l'ideologia ispiratrice delle due *policy* è profondamente differente: nel caso della riforma agraria del 1950, siamo in presenza di una classica misura di razionalizzazione e modernizzazione dei rapporti sociali nelle campagne e delle forme di sfruttamento del bene terra (passaggio da un regime di coltivazione estensiva ad un regime di coltivazione intensiva); nel caso dello Statuto dei Lavoratori o anche della legge sull'equo canone, viceversa, siamo in presenza di una radicale discontinuità delle regole introdotte a tutela dei lavoratori dipendenti, come dei locatari, rispetto al piano capitalistico di governo autocratico della forza lavoro o di appropriazione piena ed illimitata della rendita fondiaria.

7. Il diritto protoborghese nella centrifuga novecentesca

Ai due modi di essere della specialità, nel primo e nel secondo capitalismo, corrispondono, come è naturale, due diversi modi di atteggiarsi dell'idea di diritto comune. Nel quadro del capitalismo¹, caratterizzato dalla doppia presenza del codice civile e di una *scientia iuris* robustamente prescrittiva, quella di diritto comune è un'idea molto forte, in un certo senso costitutiva della possibilità stessa di pensare l'ordinamento giuridico nei termini di un sistema unitario, completo e autosufficiente. In questa fase storica il diritto comune, infatti, si rappresenta alla stregua di un insieme coerente di

norme, che si vorrebbero collegate le une alle altre da un vincolo di derivazione logica: alcune di queste norme sono principi (in senso dogmatico o assiomatico, per usare la terminologia di Mengoni)³⁹; tutte le altre sono regole dedotte dai primi, o ad opera dello stesso legislatore, nella maggior parte dei casi, o ad opera degli interpreti, ma sulla base di operazioni (che si vorrebbero) puramente esplicative di significati comunque già immanenti al sistema giuridico.

Naturalmente questo non significa che il diritto comune sia l'unico insieme normativo destinato a trovare applicazione al mondo della vita: si è già detto, ad esempio, del diritto commerciale che individua un'area di specialità fondata ora su talune proprietà dei destinatari del precetto (l'essere questi ultimi dei "commercianti"), ora su talune caratteristiche delle fattispecie oggetto di regolazione (l'essere queste ultime un "atto di commercio"). Però, come pure si è già osservato, questa specialità rappresenta uno sviluppo, o meglio, un adattamento di principi e regole comuni: in ogni caso, e questo è un

³⁹ Secondo L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno dell'accademia de Lincei, 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, 319 ss., i principi dogmatici o assiomatici (ad esempio, il principio di relatività degli effetti contrattuali, il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali, il principio consensualistico) «sono *principia demonstrandi*, come tali hanno un valore assiomatico, non hanno bisogno di alcuna giustificazione di ordine sostanziale... possono essere, cioè formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme-principio, oppure inespressi... cioè ricavati dalla giurisprudenza per induzione da un insieme di norme particolari». Per una illustrazione analitica del pensiero di Mengoni sul punto mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir.priv.*, 2007, 411 ss.

punto davvero fondamentale, la specialità della norma di diritto speciale è riconosciuta esplicitamente come tale, il che ne limita, *ab initio*, l'attitudine a trasformarsi, per via ermeneutica, in una norma di diritto comune.

Detto in altri termini, la specialità del capitalismo. 1 è una specialità addomesticata, del tutto inidonea ad introdurre nell'ordinamento elementi di vera tensione, se non di conflitto: e questo accade per una ragione esterna al sistema giuridico e riconducibile alla circostanza che le società del XIX secolo sono ancora società omogenee dal punto di vista del pantheon dei valori e delle credenze condivise o, più semplicemente, dominanti⁴⁰. Infatti, i principi, in questa fase storica, si presentano come la sintesi o il riepilogo di una costellazione più o meno ampia di regole puntuali, connotati da un elevato grado di neutralità e di tecnicismo: e questo, ovviamente, non perché essi in realtà non esprimano una precisa *Weltanschauung*, ma perché l'*ethos* al quale attingono e del quale si alimentano è così radicato e diffuso da apparire piuttosto come un dato naturale che come il frutto della selezione e dell'articolazione gerarchica di interessi e bisogni storicamente determinati.

L'autonomia negoziale, con i suoi numerosi corollari, a cominciare da quello della insindacabilità del regolamento predisposto dalle parti, la tendenziale illimitatezza e intangibilità delle prerogative proprietarie, il primato, in seno alla comunità familiare, del marito-padre, la *reductio ad unum*, ossia alla prestazione princi-

⁴⁰ In argomento v. le osservazioni di E.W. Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, in *Diritto e secolarizzazione*, cit., 52.

pale, del contenuto del rapporto obbligatorio, il carattere necessariamente colposo dell'illecito aquiliano e la circoscrizione dell'ambito di operatività di quest'ultimo ai soli diritti assoluti, sono i punti qualificanti di un vero e proprio programma di governo della società borghese di inizio XIX secolo consegnato, però, alle fredde e asettiche enunciazioni del codice civile. Il trattamento che ad essi viene riservato nonostante, appunto, la loro intrinseca portata costituzionale, è quello riservato ai principi dogmatici, ossia ad istanze regolative ricavate per via di generalizzazione da previsioni puntuali ed espressive di *rationes* poste ad indefettibile presidio del funzionamento del sistema. Il processo di neutralizzazione – e, in pari tempo, di naturalizzazione – che in questo modo finisce per investirli passa per la loro riduzione a pure e semplici premesse maggiori del sillogismo giudiziario, ossia a frammenti di una modalità di costruzione della regola del caso concreto a cui è (o vorrebbe essere) estranea la dimensione del problema, risultando essa per intero consegnata a quella del sistema. Ma tutto questo è possibile solo perché, come si è già detto, l'ordine giuridico, economico e morale sul quale si fondano le società protoborghesi è caratterizzato da un elevato grado di omogeneità.

Con caratteri ben diversi si presenta il diritto comune del secondo capitalismo. Si è già accennato alle profondissime trasformazioni che il sistema sperimenta a seguito, per un verso, delle sue crisi strutturali che archiviano definitivamente l'idea di un mercato in grado di funzionare da sé e, per altro verso, dell'instaurarsi e del diffondersi, con le specificità proprie dei singoli casi nazionali, di quel compromesso socialdemocratico su cui le

nostre società si sono rette sostanzialmente per buona parte del XX secolo, fino agli anni ottanta. Ora, per quel che qui più interessa, si deve rilevare come il binomio "intervento pubblico in economia – *welfare*" – mediante il quale le classi dirigenti occidentali pensarono di dare una risposta agli enormi problemi connessi al passaggio dal primo capitalismo al capitalismo tellurico del Novecento – percorso da conflitti di ogni tipo – abbia comportato, in genere, la creazione di veri e propri corpi normativi, ciascuno dei quali sostenuti da autonome *rationes*. Naturalmente, il dato non è soltanto quantitativo. È chiaro, infatti, che queste plurali e puntuali *rationes*, riconducibili ad un'esigenza di correzione degli squilibri rivelati dall'ordine socio – economico dominante, pongono capo, almeno nel medio periodo, ad un inevitabile effetto di opacizzazione delle architetture del sistema giuridico, si tratti delle architetture propriamente normative o di quelle dogmatico – concettuali che alle prime, specie nell'esperienza di *civil law*, risultano inestricabilmente collegate.

Tutto questo accade perché in questa fase del suo sviluppo, il capitalismo ha generato un ambiente troppo complesso per poter essere governato attingendo allo strumentario, lineare ma scarno, del diritto protoborghese. E la complessità, strutturale, e non contingente, del secondo capitalismo si situa esattamente agli antipodi di quella omogeneità, tipica delle società del "mondo di ieri"⁴¹ che, come si è già detto, rappresentava il presup-

⁴¹ S. Zweig, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Milano, 1994 (pubblicato a Stoccolma nel 1942, nello stesso anno del suicidio dello scrit-

posto fondamentale del sistema giuridico, *more geometrico* concepito, della prima modernità. La prima vittima, e comunque certamente la più illustre, di questa evoluzione è proprio il codice civile il quale viene investito da un drammatico ridimensionamento non soltanto nella sua veste di fonte normativa, ma anche sotto il profilo di una inesorabile erosione del monopolio che il XIX secolo gli aveva assegnato relativamente alla legittimazione delle convenzioni linguistiche in uso tra i giuristi (dottori o pratici che fossero).

Infatti, come si è già avuto modo di osservare e come, del resto, è ampiamente risaputo, il codice civile, in ragione del suo legame simbiotico con la *scientia iuris*, rappresentava il punto di partenza e, in pari tempo, il test di convalida della ricevibilità, in primo luogo sotto il profilo della coerenza concettuale, di tutte le operazioni inerenti alla interpretazione ed all'applicazione del diritto. Il suo situarsi al punto di incrocio tra l'autorità della forza (lo Stato) e l'autorità della ragione (la dottrina, sostenuta dall'immenso prestigio di una tradizione secolare) faceva del codice civile la struttura profonda, nel senso della grammatica trasformativo-generazionale di Chomsky, dell'esperienza giuridica: era a questo coacervo di regole e concetti che il giurista attingeva, sulla base di prassi e procedure il più delle volte usufruite in modo quasi meccanico, per pervenire, volta per volta, alla formulazione della *regula iuris*⁴².

tore), è il ricordo commosso e nostalgico di un'epoca irrimediabilmente perduta, quella della Vienna, dell'Austria e dell'Europa prima dello scoppio della guerra '14-18 (anche N. Irti, *op. cit.*, 3, cita, proprio alla prima nota del suo celebre saggio, il libro di Zweig).

⁴² Il nesso che, nel processo codificatorio, lega potere politico e

E non solo. Perché, come si è già detto, il codice civile è la traduzione tecnico-giuridica dell'ordine socio-economico cui si ispira la società borghese dell'Ottocento. Sicché, all'autorità della forza e all'autorità della ragione si aggiunge l'autorità di un consenso diffuso e radicato, che è quello garantito dalla nuova classe dirigente, uscita vittoriosa dalle lotte di almeno due secoli, e dalla lunga gestazione capitalistica, in realtà protrattasi molto più a lungo, cioè la borghesia. È chiaro che solo in una situazione di questo genere, per molti versi irripetibile, può consolidarsi un'idea di diritto comune che va ben oltre un significato ed una portata puramente tecnici identificandosi, viceversa, con la possibilità stessa di pensare il diritto come una pratica linguistica dotata di senso (dove, appunto, l'accostamento, non soltanto suggestivo o metaforico, tra il codice civile e la struttura profonda del linguaggio di cui parla Chomsky).

Orbene, quello che accade durante tutto il XX secolo mina dalle basi questa modalità così forte di inten-

dottrina è colto e sviluppato con chiarezza da A. Gambaro, *Codice civile*, cit., 442 ss. Può semmai osservarsi, proprio sulla scorta delle preziose osservazioni di Gambaro, che, mentre nel caso del *Code Napoléon*, il rapporto è sbilanciato a favore del potere politico e la dottrina si appropria di un ruolo fondamentale nella messa in opera del testo legislativo agendo dietro lo schermo dell'esegesi, nel caso del *BGB*, la pandettistica esercita un'influenza decisamente maggiore o, forse, semplicemente più esplicita e riconoscibile come tale: e questo per una serie di ragioni ora interne alla dimensione nazionale tedesca (una fra tutte; l'enorme prestigio della cultura accademica), ora di portata più generale, riconducibili alla circostanza che il surplus di volontà politica necessario ad imporre il codice quale modalità ordinaria della legislazione civile, non si richiedeva più in una fase storica nella quale la normalità della forma codice era ormai un dato acquisito.

dere il diritto comune nella misura in cui vengono progressivamente messi in discussione tutti i presupposti per così dire ambientali della fortuna ottocentesca del codice civile.

In primo luogo, letteralmente evapora quella omogeneità di valori e interessi che forniva il più potente collante delle società protoborghesi, soppiantata «dal riconoscimento e dalla diffusione di un pluralismo etico-spirituale sulla scorta della moderna idea di libertà», dalla «... fondazione di ogni ordinamento sociale e politico sui soli diritti umani individuali» e dai «... processi di trasformazione nell'ambito della società e delle forme sociali di produzione»⁴³.

Questa diagnosi è rivelatrice della tendenza della modernità, che in larga misura si identifica con l'economia politica capitalistica, a trasformare, se non a divorare, le premesse, politiche giuridiche e culturali in genere, a partire dalle quali lo sviluppo originario aveva preso le mosse. Così, ad esempio, la rivendicazione, e l'affermazione, di alcuni diritti di libertà nella fase aurorale del capitalismo si consuma all'interno di un orizzonte ancora in buona parte segnato da un ethos gerarchico – autoritario e in una realtà nella quale l'accesso a quei diritti, formalmente riconosciuti a tutti, era poi privilegio di pochi. Disancorato dal suo originario, e coeso, quadro di riferimento, il principio di libertà immanente

⁴³ E.W. Böckenförde, *Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statalità nel segno della globalizzazione, dell'uropeizzazione e dell'individualizzazione*, in *Diritto e secolarizzazione*, cit., 216 ss., ad avviso del quale quella omogeneità ha rappresentato la *condicio sine qua non* della statalità e, in particolare, di una statalità democraticamente organizzata.

a quei diritti si emancipa da questi ultimi e si converte in una pura forma, vera *Grundnorm* delle odierne società occidentali, in grado di legittimare qualsiasi tipo di rivendicazione⁴⁴.

Per quel che riguarda il versante più propriamente tecnico – giuridico, si è già accennato alla ipertrofia della legislazione speciale: un fenomeno che non può di certo ridursi alla dimensione puramente quantitativa giacché, suo tramite, vengono messe in circolo *rationes* concorrenti con quelle riconducibili alla normativa codicistica: da qui l'interruzione, o, quanto meno, il robusto indebolimento del nesso biunivoco che storicamente aveva legato il codice civile alla *scientia iuris*. I linguaggi e le concettologie di quest'ultima si complicano e si appannano in pari tempo, dovendo registrare una quantità di variabili sempre maggiore e che soltanto a prezzo di una gigantesca finzione possono essere collocate ai margini del

⁴⁴ Paradigmatica al riguardo la vicenda del ruolo femminile, che nella prima modernità è determinato da quello che Ulrich Beck chiama il «carattere feudale della società industriale», ossia dalla rigorosa, e funzionale, divisione tra lavoro domestico (femmina) e lavoro produttivo (maschio) e che nella seconda modernità, viceversa, viene totalmente assimilato alla forza lavoro maschile, con le ben note conseguenze in termini di conflitto tra i sessi. Come, appunto, scrive U. Beck, «nella modernizzazione dello Stato del benessere, dopo la seconda guerra mondiale, si assiste a un doppio evento; da un lato vengono estese anche al progetto di vita delle donne le esigenze di normalità biografica legata al mercato. Dall'altro lato, però, in questo modo vengono in generale create le condizioni del tutto nuove nella famiglia e nel rapporto tra uomini e donne e, certo, dissolte le fondamenta di una vita legata agli ordini nella società industriale» (U. Beck, e. Beck Gernsheim, *Il normale caos dell'amore*, Torino, 2008, 45). Sul punto mi permetto di rinviare anche a L. Nivarra, *Autonomia biogiuridica e tutela della persona*, in *Europa dir.priv.*, 2009, 719 ss.

sistema, presentandole come deviazioni dall'unico possibile modello di riferimento, rappresentato, appunto, dal binomio codice civile-diritto civile.

L'attitudine del quale binomio a presidiare monopolisticamente i processi di ascrizione di significato agli enunciati normativi che, sempre più numerosi, vanno affollando l'ordinamento giuridico, subisce un colpo ulteriore dall'entrata in vigore delle costituzioni lunghe del secondo dopoguerra, vere e proprie tavole di valori morali positivizzati⁴⁵, che però danno voce ad istanze spesso confliggenti, se non proprio irriducibili. Il colpo, anzi, è duplice o, se si preferisce, apprezzabile in una duplice prospettiva. Per un verso, infatti, il codice civile smarrisce la sua dimensione costituzionale, soppiantato in questo da Leggi Fondamentali nelle cui *Rangordnungen* si rispecchiano mondi vitali sempre meno omogenei e sempre più complessi, e conflittuali, che reclamano, ed ottengono, un riconoscimento da parte del diritto: l'iniziativa economica è libera ma essa non può svolgersi in contrasto con la dignità umana, la libertà e la sicurezza, oltre che con l'utilità sociale (art. 41, commi 1° e 2°

⁴⁵ «I "valori fondamentali" della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo: non valgono in quanto «posti», ma per se stessi, indipendentemente dalla loro concretizzazione in programmi normativi di azione. Non si può dire, perché la contraddizione non lo consente, che il «legislatore statale positivizza una norma sovrappositiva». Ciò che viene "positivizzato", con un atto di volontà dello stato espresso nella legge fondamentale, è il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, il rinvio ad essi come misure di «diritto giusto», a principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione»: L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 6-7.

Cost.); la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che però deve assicurarne la funzione sociale (art. 42, comma 2° Cost.); non basta che tutti i cittadini siano eguali di fronte alla legge, perché tutti hanno pari dignità sociale, e ad essi va garantito il pieno sviluppo della loro personalità rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che a ciò si oppongono (art. 3, commi 1° e 2° Cost.), ecc.⁴⁶.

Per altro verso, l'insediarsi ai vertici dell'ordinamento giuridico di norme di principio che non sono più la traduzione tecnica di valori largamente condivisi (o, in ogni caso, condivisi dalle élite), ma la enunciazione immediata di valori tra loro disomogenei, come disomogenea è la società di cui essi sono lo specchio, ha una pesante ricaduta sulle forme del ragionamento giuridico il quale abbandona progressivamente le sue originarie cadenze sillogistiche per assumere caratteri sempre più prossimi a quelli del ragionamento pratico *tout court*⁴⁷.

⁴⁶ Queste disposizioni della nostra Costituzione sono state lette per molto tempo come indicatori del pieno riconoscimento ottenuto dalla classe operaia, e dalle sue organizzazioni politiche e sindacali, non solo per il contributo fornito alla lotta antifascista, ma anche in ragione della piena legittimità dell'ordine di interessi e valori di cui essa era portatrice ai fini della costruzione di un ordine socio-economico più avanzato. Naturalmente, questo elemento è presente e non può essere cancellato, se non altro per il significato anche simbolico che alle norme in discorso venne attribuito dai costituenti comunisti e socialisti. Tuttavia, oggi, a distanza di tempo, non appare poi del tutto peregrino scorgere in esse anche la presa d'atto delle trasformazioni indotte dal secondo capitalismo sul rapporto sfera pubblica-mercato, ossia la penetrazione nella *Rangordnung* costituzionale degli effetti della gramsciana "rivoluzione passiva" (v. *supra*, nt. 16 e testo corrispondente).

⁴⁷ Sul punto v. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzio-*

Dunque, il codice civile (ed il diritto civile) escono dalla centrifuga novecentesca profondamente trasformati. Non più fonte esclusiva in senso normativo⁴⁸, non più fonte esclusiva in senso culturale, non più fonte esclusiva in senso assiologico (ed anzi, in questo ultimo caso, decisamente subordinati alla Costituzione), l'uno e l'altro certo conservano un ruolo importante, ma subiscono un notevole ridimensionamento. Avviene, infatti, che prima lentamente, poi con cadenze sempre più serrate, i processi di generazione dei significati degli enunciati normativi si dislochino al di fuori del codice civile, e dei paradigmi concettuali garantiti dalla *scientia iuris* tradizionale (appunto, il diritto civile, come lo intendeva ancora Nicolò), prendendo dimora nei precetti costituzionali, nella legislazione speciale, o in forme del pensiero, e della cultura, altre rispetto a quelle della tradizione (si tratti della sociologia, del marxismo, dell'analisi economica del diritto ecc.).

Certo, sarebbe ingenuo pensare che tutto questo si traduca in una pura e semplice messa in non cale del patrimonio riveniente dalla grande stagione ottocentesca:

nale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione, in *Analisi e diritto* 2004, 71. Sul punto rinvio anche a L. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 935 ss.

⁴⁸ La vicenda delineata nel testo trova adesso, al di là delle innumerevoli formulazioni dottrinali sul punto, un esplicito riscontro in Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, 1787 ss. (con nota di G. Corso, G. Fares, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*) in cui è detto a chiare lettere, al fine di affermare la competenza esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento civile", che la «sussistenza di elementi di specialità, rispetto a quanto previsto dal codice civile...non è di ostacolo al riconoscimento della legittimazione statale di cui all'art. 117, 2° comma, lett. l) Cost.».

Costituzione, leggi speciali, scienze sociali dispongono di linguaggi troppo poveri o troppo rudimentali o troppo eccentrici per poter ambire a sostituirsi ad esso, puramente e semplicemente. Questo, però, non impedisce loro di porsi come canali, prima concorrenti, poi dominanti, di accesso al sistema delle convenzioni linguistiche a partire dalle quali gli interpreti trattano ermeneuticamente le norme. Potrà sembrare una semplificazione grossolana, ma in un certo senso si può dire che il codice civile (ed il diritto civile) finiscono per fornire al sistema il vocabolario di base e la sintassi, mentre il governo della semantica viene appropriato da fonti altre, quelle richiamate dianzi, alle quali poi, in prosieguo di tempo, si aggiungerà il diritto comunitario.

La vicenda ha una cornice temporale lunga, cominciando a delinearci alla fine degli anni '50, e una portata enorme, perché il progressivo esproprio in danno del codice civile della funzione da esso storicamente svolta di struttura profonda del sistema travolge tutti i postulati ed i corollari dell'ideologia che aveva preceduto e seguito la codificazione: crollano, a seguito di un autentico mutamento di paradigma, il dogma della completezza e dell'autosufficienza del codice civile, la rappresentazione del ragionamento giuridico in chiave sillogistica e, infine, l'idea, certamente collegata all'assunto precedente, che l'interpretazione giuridica si risolva nel portare alla luce un significato preesistente e immanente all'enunciato normativo⁴⁹.

⁴⁹ Una sintesi ancora insuperata offre G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Men-

Naturalmente, il fenomeno di cui stiamo discorrendo non investe in eguale misura e con eguale intensità tutti i vari comparti in cui si articola l'universo privatistico: e così, ad esempio, se il diritto delle successioni rivela un elevato grado di stabilità, che si direbbe direttamente proporzionale al suo decrescente peso socio-economico, la responsabilità civile, proprio a partire dai primi anni '60, prende a descrivere una parabola che, nell'arco di un trentennio, la porterà lontanissima dai suoi originari equilibri.

Il caso della responsabilità civile è veramente emblematico di quello che si è venuto dicendo in precedenza, anche se qui, dei tre fattori disgreganti menzionati – Costituzione, leggi speciali, nuovi protocolli culturali – hanno operato, in prevalenza, il primo ed il terzo, mentre il secondo ha svolto un'azione decisamente più marginale.

L'aver messo in contatto la formula del danno ingiusto (sin lì interpretata come sinonimo di lesione di un diritto assoluto, donde la sicura riconducibilità del dispositivo dell'art. 2043 c.c. alla sottoclasse delle norme secondarie) con la regola costituzionale di solidarietà⁵⁰ ha provocato una slavina in termini di domanda di tutela: e questo indipendentemente dalla circostanza che la formula in oggetto venga intesa alla stregua di una

goni, pros. da P. Schlesinger, Milano, 1980, *passim*. In prosieguo di tempo, e con un'accelerazione sempre maggiore fino ai giorni nostri, un altro caposaldo di quell'ideologia verrà messo in crisi dal prepotente emergere della dimensione dei principi, ossia la netta, insuperabile separazione di diritto e morale (vicenda emblematicamente documentata da ultimo in R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Roma, Bari, 2010, *passim*).

⁵⁰ Operazione che, come è noto, si deve a S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim*.

clausola generale o di una norma fondativa di un sistema a tipicità progressiva. Il superamento dell'idea che l'obbligazione aquiliana abbia una finalità sanzionatoria e si radichi in un giudizio di riprovevolezza in ordine alla condotta dell'agente – superamento in larga misura favorito dalla messa in circolo di modelli di lettura della responsabilità civile tributari dell'analisi economica del diritto, per la quale il danno è un costo da allocare⁵¹ – ha provocato un radicale ridimensionamento del criterio di imputazione della colpa (per la verità, già anticipato da talune disposizioni del codice civile del 1942 – artt. 2047-2054 c.c. – a lungo pudicamente costrette dentro l'imbracatura, tipicamente finzionista, della *culpa in vigilando* e *in eligendo*, o confinate ai margini del sistema in quanto norme speciali).

Però, poi, è accaduto che la incontrollata estensione dell'area degli interessi giuridicamente protetti e, quindi, in astratto suscettibili di tutela aquiliana, a beni della vita sprovvisti del requisito della patrimonialità e sostanzialmente coincidenti con attributi, sempre più sofisticati, della persona umana, abbia finito per fare rientrare dalla finestra quello che la lettura laico – tecnocratica della responsabilità civile aveva ritenuto di espungere e cioè, appunto, la sua finalità sanzionatoria, addirittura esaltata al quadrato. Questo approdo si materializza per una pluralità di vie: una delle quali, nel caso del danno non patrimoniale, è l'aver inteso la locuzione «... solo

⁵¹ In Italia vettori fondamentali di questa idea furono P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim* e G. Calabresi, *Il costo degli incidenti*, Milano, 1975, *passim* (trad. it. a cura di S. Rodotà di *The Cost of Accidents*, uscito nel 1970)

nei casi determinati dalla legge» nel senso che «... il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alla previsione della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura patrimoniale implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale»⁵². In altri termini, la "lettura costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c.⁵³ si è risolta in una pura e semplice messa in non cale della riserva di legge ivi contenuta e in un notevole indebolimento (al di là delle declamazioni di principio) della distinzione tra danno – evento e danno – conseguenza che rappresenta(va) uno dei pilastri concettuali del sistema della responsabilità civile.

Il discorso potrebbe continuare a lungo ma già da questi brevi cenni dovrebbe risultare chiaro come, a quadro normativo sostanzialmente invariato, il senso complessivo del sistema della responsabilità civile e il significato dei singoli enunciati normativi di cui esso si compone abbiamo subito una trasformazione integrale, che solo con una certa dose di ipocrisia si potrebbe descrivere come il frutto della naturale evoluzione dell'ordinamento giuridico. Aggiungo che, almeno qui, è, per così dire, anche la sintassi (non solo la semantica) codicistica a vacillare pericolosamente perché, a prescindere dalle

⁵² Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 819.

⁵³ Ora vigorosamente ribadita da Cass., ss.uu., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, 120 ss., con varie note di commento.

preferenze di ciascun interprete, non è ormai più neppure chiaro di che cosa si parli quando si parla di "risarcire un danno": se di compensare una perdita patrimoniale, prevenire un illecito, sanzionare una condotta anti-giuridica, riparare una lesione giuridicamente rilevante, ripristinare lo stato di cose pregresso nella sua materialità, ecc.⁵⁴.

8. La crisi irreversibile del "sistema"

A questo punto possiamo provare a imbastire una risposta alla domanda che avevamo formulato più sopra a proposito di ciò in cui il diritto comune si trasforma dentro il secondo capitalismo. Intanto, segnalerei il fenomeno più vistoso ma tutto sommato meno radicale: e cioè l'estendersi delle aree in cui diritto comune diventa sinonimo di diritto residuale. Sempre più di frequente accade che il diritto comune per definizione, ossia, come si è visto, il codice civile nella elaborazione fornita dalla dottrina, si applichi soltanto là dove altri corpi normativi, chiamati ad apprestare discipline organiche di istituti, rapporti, fattispecie, espressamente lo richiamino (così, ad esempio, l'art. 38 cod. cons.).

Il punto, però, come ovvio, non è questo. Il progressivo saturarsi dell'ordinamento di una pluralità di fonti,

⁵⁴ La letteratura italiana in materia di responsabilità civile è immensa: per una recente rassegna dei problemi e degli orientamenti in materia v. i vari saggi pubblicati in *Europa dir.priv.*, 2008, 289-448. Per un bilancio complessivo v. G. Marini, *La responsabilità civile*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 219 ss.

insieme con il parimenti progressivo dischiudersi del linguaggio dei giuristi ad apporti esterni, rende il richiamo alla disciplina codicistica poco più che indicativa della strada da percorrere per la soluzione del problema, atteso che l'interprete si trova ora rimandato non più ad un significato tendenzialmente univoco – quello riveniente, in primo luogo, dal diritto civile *à la* Nicolò – ma a un ventaglio di possibilità esteso ben al di là della normale ambiguità del dettato legislativo. Insomma, il diritto del secondo capitalismo traccia una parabola all'esito della quale sta il collasso del binomio codice civile – *scientia iuris* su cui si era fondato, viceversa, il diritto proto-borghese. Il "sistema" non esiste più e, al suo posto, subentra un'opera di incessante revisione, ridefinizione, correzione e adattamento dei concetti attraverso i quali viene compreso ed ordinato il dato normativo; il quale, pertanto, a sua volta è soggetto a continue trasformazioni, risultando del tutto inimmaginabile una invarianza, o una stabilità anche solo relativa, del significato degli enunciati del legislatore a fronte di una strutturale mobilità delle convenzioni linguistiche in uso tra gli interpreti.

In questo quadro, l'idea stessa di diritto comune va incontro a un notevole ridimensionamento. Le coordinate sulle quali si fondava la pensabilità stessa di un giacimento di regole e *rationes* (per il caso di vaghezza ed ambiguità dell'enunciato normativo bisognoso di essere trasformato in regola) smarriscono il loro originario nitore e la loro immediata riconoscibilità. Anzi, ben può dirsi che la crisi della nozione classica di diritto comune si manifesta proprio con riguardo a questo secondo aspetto, più qualitativo che quantitativo: difatti, nella mi-

sura in cui i principi dialettici a partire dai quali viene imbastito il ragionamento fondativo (del significato) della *regula iuris* si decentrano e si differenziano, declina la possibilità di imprimere a quel ragionamento il tradizionale andamento lineare che implica, appunto, l'attingibilità di una solida ed univoca *ratio* in grado di orientare l'interprete verso un approdo sicuro⁵⁵.

Il discorso, però, come ovvio, non riguarda soltanto il versante ermeneutico. Anche la dogmatica – forma peculiare del pensiero giuridico occidentale, giunta alla sua espressione più matura con la pandettistica tedesca – su-

⁵⁵ In questo stesso ordine di idee v. S. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 543-545, ove, tra l'altro, si osserva che «fino a quando il sistema giuridico è stato caratterizzato da una sostanziale omogeneità, socialmente espressa o politicamente determinata, il codice civile è stato in grado di assorbire le spinte della legislazione di settore, perché si manifestava come il luogo dove risiedevano i principi unificanti di fronte al particolarismo dei regimi speciali; e come lo strumento caratterizzato dalla lunga durata, a differenza del carattere transitorio proprio delle "leggine". Questa attitudine è venuta meno quando il codice non è stato più il luogo dove vi esprimeva l'egemonia di un soggetto sociale dominante: il codice della borghesia è dovuto venire a patti con gli strumenti giuridici nei quali si manifestava la presenza sulla scena sociale e politica di altri classi e ceti». Come, appunto, si osserva anche nel testo, il problema non è di ordine quantitativo – il dilagare delle leggi speciali – ma di ordine qualitativo, nel senso che ad essere compromessa è l'idoneità del codice civile (e del diritto civile) a fungere da principio regolatore e da criterio di ultima istanza della coerenza e della attendibilità delle operazioni poste in essere dai soggetti istituzionalmente deputati all'interpretazione degli enunciati ed alla costruzione di discorsi giuridici. Perfino come argomento retorico, il codice civile (l'appello ad esso) perde di forza nella misura in cui si diffonde progressivamente, ma inesorabilmente, tra quei soggetti la consapevolezza della perdita del suo ruolo di custode, e generatore, delle *rationes* ultime.

bisce un processo di irreversibile destabilizzazione che investe non tanto questo o quel concetto, quanto piuttosto la possibilità stessa di integrare la *regula iuris* in un sistema di “dogmi” organicamente e coerentemente strutturato. Certo, di fronte a fenomeni di questo tipo, si può sempre invocare il carattere mobile del sistema, ovvero il primato del problema sul sistema: resta il fatto che la indefinita rinegoziabilità delle condizioni d’uso di ciascun singolo “dogma” trasforma il sistema in una struttura aperta, soggetta ad una revisione permanente e connotata da un grado di cogenza sulle argomentazioni da sviluppare ai fini della giustificazione della soluzione accolta sempre più ridotto.

Come è naturale, vi è un legame tra il livello dogmatico e quello ermeneutico⁵⁶. Il moltiplicarsi dei principi dialettici a partire dai quali si snoda (o, meglio, può snodarsi) l’itinerario dell’interprete è la causa prima del collasso a cui vanno incontro concetti elaborati in pre-

⁵⁶ In un altro mio scritto (L. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, cit., 935 ss.) ho provato a illustrare un po’ più in dettaglio come le profonde trasformazioni subite dal linguaggio – oggetto abbiano investito anche il metalinguaggio, ossia i discorsi della dottrina e della giurisprudenza, il quale ha definitivamente preso congedo dal paradigma sillogistico proprio della *Begriffjurisprudenz*, per approdare a forme di ragionamento dominate «dall’esigenza più di approntare soluzioni connotate da una compatibilità di larga massima con le direttive apicali dell’ordinamento, che non da quella di asseverare la riconducibilità della fattispecie concreta al concetto e della *regula iuris* al sistema normativo... (passaggio da una coerenza intesa in senso formale ad una coerenza in senso sostanziale, passaggio da un sistema a dominanza del *concetto* – come struttura linguistica chiusa incorporante la risposta al problema – ad un sistema a dominanza dell’*argomento* – come procedura linguistica aperta impegnata nella ricerca della risposta al problema)» (ivi, 954).

senza (e in funzione) di un quadro normativo caratterizzato da un elevato grado di coerenza e omogeneità, e della loro riduzione a termini di una sintassi elementare incapaci di denotare altro se non territori e ambiti dai confini vaghi, quasi inafferrabili. Dire “contratto”, “obbligazione”, “diritto soggettivo”, “danno”, “risarcimento del danno”, “nullità”, ecc. equivale, oggi, ad evocare (per lo più in negativo) fenomeni genericamente contraddistinti da alcune, residue proprietà che chi parla e chi ascolta riconoscono nei concetti richiamati da quelle parole: ma certo, non più a riassumere un corpo di regole e *rationes* immediatamente riconoscibile come tale, né tanto meno a selezionare, e a ridurre in misura significativa, sulla base di una semantica ad alto tasso di costrittività, la gamma delle interpretazioni possibili⁵⁷.

Insomma, la stagione del capitalismo.2, apertasi tra la fine dell’Ottocento e i primi del Novecento con le prime avvisaglie di una legislazione speciale frutto delle lot-

⁵⁷ Si potrebbe ripetere per la dogmatica quello che si è osservato in precedenza a proposito del codice civile (a conferma dello stretto rapporto che lega quest’ultimo alla *scientia iuris*): e cioè che la parabola descritta da entrambi i termini di questo binomio si muove nel senso di un netto ridimensionamento della dimensione semantica e di uno specularmente allargarsi di quella sintattica. A questo riguardo mi paiono molto calzanti le osservazioni di P. Cappellini, *Il codice eterno*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 66-67 il quale, a proposito dei tentativi di codificazione in atto sulla scena europea (su cui v. Cap. II, paragrafo 6), richiama un’idea di codificazione, di matrice nordamericana, «come creazione aperta, ‘dialogante’ col destinatario dottrina e giurisprudenza (e non solo), volta ad individuare un “vocabolario comune” e un struttura ordinatrice i futuri dibattiti e controversie; e volta altresì... ad enfatizzare le differenti esistenze nel contesto europeo, senza drammatizzare in vista di un ideale di unità ‘rigido’ questa constatazione».

te del movimento operaio e delle sue organizzazioni, e chiusasi a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, con l'avvio della controrivoluzione liberista, registra, in tutti i paesi dell'area di *civil law* e certamente in Italia, la crisi di una concezione e di una pratica del giuridico alle quali era immanente un'idea molto forte di ordine. Quest'ultimo, garantito sul fronte esterno dalla coesione e dalla omogeneità del corpo sociale, sul fronte interno si nutrivava delle risorse combinatorie apprestate da un *numerus clausus* di norme e concetti (codice civile e diritto civile) manipolabili secondo procedure logico-linguistiche fortemente radicate fra tutti i soggetti investiti, a vario titolo, del compito di interpretare ed applicare le norme (il diritto comune, appunto). Per le ragioni, ancora una volta ora interne, ora esterne al sistema giuridico, ragioni che ho provato a indicare nelle pagine precedenti, questo paradigma appare ormai definitivamente tramontato: con la conseguenza che il sintagma diritto comune è oggi nulla di più che la formula evocativa di un vocabolario da preservare o, in prospettiva europea, da costruire, al solo fine di rendere possibile un livello elementare di comunicazione.

Capitolo II

Dallo "scambio" alla "concorrenza": la costruzione giuridica del mercato

SOMMARIO: 1. Capitalismo.2 e capitalismo.3: continuità e discontinuità. – 2. L'autonomia privata dallo "scambio" alla "concorrenza". – 3. Il diritto dei consumi e la tutela della concorrenza. – 4. L'abuso di dipendenza economica. – 5. Un caso paradigmatico: le nullità di protezione. – 6. Cenni al diritto europeo. – 7. Conclusioni.

1. Capitalismo.2 e capitalismo.3: continuità e discontinuità

Come è noto a tutti, il clamoroso successo riportato dal capitalismo sull'antagonista storico, insieme al suo impetuoso sviluppo su scala planetaria, hanno riportato in auge la dottrina liberista secondo la quale il mercato funzionerebbe ottimamente da solo, una volta garantite dal potere pubblico, e dal diritto, alcune condizioni minime di operatività del medesimo (riconoscimento dei titoli di proprietà, *pacta sunt servanda* e poco altro). Anzi, secondo la teoria del diritto che ha goduto di maggior fortuna nel corso degli ultimi tre decenni, ossia la *law and economics*, le norme giuridiche (il *common law*) sarebbero espressione della razionalità del mercato e, quindi, ogni tentativo di interpretarle e applicarle per fini diversi determinerebbe gravi inefficienze e distruzione di ricchezza sociale.

Tuttavia, il trionfo riportato dal capitalismo su tutti i

fronti non si è affatto tradotto in una restaurazione del modello protoborghese. Anzi, la terza stagione dell'economia politica capitalistica ha assistito ad un autentico proliferare di norme giuridiche destinate alla regolazione dei rapporti e dei processi economici: un fenomeno, questo, che è andato di pari passo con quello della moltiplicazione dei centri di produzione normativa, tutti rigorosamente accomunati da una programmatica eccentricità rispetto al cono d'ombra della sovranità popolare (istituzioni comunitarie, autorità amministrative indipendenti, grandi organismi internazionali). Sotto questo profilo, il capitalismo.³ mostra alcuni tratti di sostanziale continuità con il capitalismo. 2, ai quali si intrecciano, in pari tempo, elementi di radicale discontinuità.

Di continuità mi pare si possa parlare con riguardo, appunto, al comune ripudio dell'originario agnosticismo del legislatore in punto di regolazione dell'economia¹, oltre che nella comune tendenza ad affidare la responsabilità delle *policy* interventiste ad apparati separati ed istituiti *ad hoc* (il sistema delle PP.SS., il circuito dei crediti speciali, ieri) o, in ogni caso, sottratti al controllo democratico (UE, WTO, *Authority* ecc., oggi).

Per quanto riguarda in particolare l'UE merita di essere ricordata la decisione del Consiglio Europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) relativa alla elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dove si afferma che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione Europea e il presupposto indispensa-

¹ Sebbene, come vedremo subito, anche con riferimento a questo aspetto i due modelli di interventismo legislativo differiscono significativamente.

bile della sua legittimità»². Questo primato dei diritti fondamentali come fonte di legittimazione etico-politica dell'Unione Europea assume un significato particolare se posto accanto dell'indubbio deficit di democrazia di cui la medesima Unione soffre rinviando ad un modello di rapporto tra governanti e governati o, se si preferisce, tra potere pubblico e società civile, di impianto decisamente verticale. In ogni caso, mi pare del tutto evidente che oggi, nell'area del mondo in cui l'istanza democratica si era fatta valere con più vigore e con più successo, si stia assistendo alla costruzione ed al consolidamento di un'entità politica per la quale, al di là della facciata, il principio democratico è decisamente recessivo, traendo essa alimento, in primo luogo, dal trinomio tecnocrazia-mercato-diritti fondamentali³.

² Sul punto si v. S. Rodotà, *Un codice per l'Europa?*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 570 ss. Come è noto, a seguito di quel pronunciamento, venne istituita la prima Convenzione i cui lavori si conclusero nel dicembre del 2000 con la proclamazione della Carta di Nizza. Le traversie a cui è andata incontro, successivamente, la Costituzione Europea, di cui la Carta dei diritti avrebbe dovuto rappresentare la seconda parte, ha posto capo ad una diversa modalità di inserimento della medesima nel diritto dell'Unione, perfezionatosi, attraverso il Trattato di Lisbona del dicembre 2007, attraverso il richiamo ad essa contenuto nell'art.6 del Tr. UE. Per una disamina critica di taluni aspetti della Carta di Nizza, poi, appunto, riproclamata a Strasburgo nel 2007 (con alcune non banali varianti rispetto alla prima versione), v. S. Anastasia, *L'appello ai diritti*, Torino, 2008, spec. 93 ss. nel contesto di un ragionamento tutto interno alla prospettiva dei diritti fondamentali.

³ Osservazioni a mio avviso molto acute sul nesso che lega la retorica dei diritti e il neoliberismo si leggono in D. Harvey, *Breve storia del neoliberismo*, cit., 201-202 il quale, tra l'altro, rileva giustamente come di quella retorica siano rimasti prigionieri anche i movimenti d'opposi-

Una netta discontinuità, viceversa, si lascia apprezzare sul terreno delle modalità e degli scopi della disciplina giuridica dell'economia tenuto conto dei quali, come vedremo da qui a breve, l'espropriazione perpetrata ai danni della sovranità popolare appare particolarmente indicativa delle inclinazioni del capitalismo.³ (o, forse, del capitalismo in generale) in ordine al rapporto tra mercato e democrazia⁴.

Come si è già visto, l'interventismo tipico del capitalismo.² si era sviluppato in due direzioni fondamentali. La prima riconducibile alla creazione di aree di diritto speciale che fornissero un'adeguata cornice normativa all'ingresso diretto della mano pubblica nell'economia; la seconda riconducibile alla somministrazione generalizzata di beni e servizi essenziali, l'accesso ai quali non poteva essere lasciato alla legge della domanda e dell'offerta, pena il perpetuarsi e l'aggravarsi di squilibri economici e sociali inaccettabili⁵.

Il capitalismo.³ si è abbastanza brutalmente sbaraz-

zione «che non riescono ad uscire dalla struttura concettuale neoliberista».

⁴ Per una recente riproposizione della tesi secondo la quale tra capitalismo, mercato e democrazia (dei moderni) sussisterebbe un legame costitutivo v. M. Salvati, *Capitalismo, mercato, democrazia*, Bologna, 2009, *passim*.

⁵ Come pure si è visto, l'interventismo (tardo) novecentesco aveva assunto una terza, ulteriore forma, proponendosi come obiettivo non la pura e semplice redistribuzione della ricchezza sociale, ma un vero e proprio riequilibrio, attraverso il diritto, delle posizioni socialmente antagoniste (lavoratori subordinati-datori di lavoro; locatari-proprietari). Si è trattato del frutto più avanzato (almeno ad avviso di chi scrive) ma anche più stento e caduco di una stagione che ormai volgeva al termine e sulla quale si allungava l'ombra della rivincita neoliberista.

zato dell'intervento pubblico in economia e ha notevolmente ridimensionato (e dove ha incontrato minore resistenza, eliminato) lo stato sociale. Per converso, tutte le zone nevralgiche di un'economia di mercato sono state investite, nel corso degli ultimi trent'anni, da un autentico profluvio di regole giuridiche, emanate ora in una forma che, con intensità variabile a seconda dei casi, può essere avvicinata al modello della normazione generale ed astratta tipico della "legge"⁶, ora in una forma che, sempre con una notevole dose di approssimazione, può essere avvicinata al modello del provvedimento amministrativo⁷. Ma perché, bisogna chiedersi, è accaduto questo: perché, in altri termini, questo enorme sforzo regolatorio per far funzionare ciò che, almeno secondo la vulgata neoliberista, dovrebbe funzionare da solo (il mercato) e, fondamentale, con quali conseguenze per il diritto privato e, in particolare, per la perdurante possibilità di continuare ad immaginare esistente un nucleo, più o meno esteso, ma stabile e riconoscibile come tale, di norme e concetti al quale attingere per colmare una lacuna o per risolvere un dubbio interpretativo (che poi è il problema dal quale abbiamo preso le mosse).

⁶ Penso fondamentale alle direttive comunitarie, oltre che alle leggi nazionali autoctone, ossia non di puro recepimento della regola europea. Tuttavia, anche queste ultime, quando perseguono finalità di regolazione del mercato, recano indelebile il marchio UE (esempio paradigmatico la l.287/90, meglio nota come legge *antitrust* nazionale).

⁷ Penso fondamentale agli atti delle autorità amministrative indipendenti o anche ai provvedimenti della Commissione e alle sentenze della Corte di Giustizia.

2. L'autonomia privata dallo "scambio" alla "concorrenza"

Per cominciare a dare una risposta ai quesiti formulati alla fine del paragrafo precedente, propongo, in primo luogo, un inventario e una tassonomia che, per quanto incompleti ed imprecisi, forse riusciranno a rendere un'idea meno vaga del fenomeno di cui si parla. L'ondata regolatoria ha investito:

a) le forme di organizzazione e di svolgimento dell'attività economica (riscrittura dello statuto soggettivo di banche e società; accesso al mercato dei capitali e modalità di finanziamento; procedure concorsuali);

b) l'insieme delle relazioni di mercato, una galassia molto estesa all'interno della quale è necessario distinguere:

b1) i rapporti tra imprese (disciplina *antitrust*, concorrenza sleale, abuso di dipendenza economica, ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, affiliazione commerciale);

b2) i rapporti tra imprese ("professionisti") e consumatori. Inutile dire che tanto b1) quanto, in particolare, b2) richiederebbero un'articolazione ulteriore del discorso potendosi tuttavia osservare, anche qui con una buona dose di approssimazione, come nel primo caso l'intervento, per lo più, si dislochi a valle, ponendo capo alla predisposizione di rimedi di varia natura (nullità, inibitorie, risarcimenti), mentre nel secondo caso, oltre che ai rimedi, largo spazio è riconosciuto anche a regole di preventiva conformazione del rapporto. La disciplina dell'affiliazione commerciale (art.3 l.n.129/2004) e quella della subfornitura (art.2 l. n.192/1998), tuttavia,

combinano le due modalità regolatorie: e ciò perché esse incorporano il paradigma della debolezza⁸ dell'impresa affiliata e di quella subfornitrice;

c) i diritti di proprietà industriale, talora con esiti, almeno a prima vista contraddittori, se non incompatibili, con l'obiettivo, pervasivo, della tutela e della promozione della concorrenza⁹.

Dal prosieguo del discorso, terrò fuori a) e c). Mi concentrerò, pertanto, su b). Tuttavia, credo sia opportuno, prima di passare ad un esame più di dettaglio delle materie indicate, formulare un'osservazione di ordine generale.

Come è ampiamente noto, l'ondata regolatoria sviluppata a partire dai primi anni '80 trova la sua principale ragion d'essere nella promozione della concorrenza la quale diventa così, in modo visibile, lo specifico obiettivo di *policy* pubbliche caratterizzate da un inesauribile attivismo. Il primato della concorrenza come principio fondante dell'economia di mercato segna l'irreversibile distacco del capitalismo.³ dal capitalismo.¹ per il quale, viceversa, quel principio era costituito dallo scambio, nel senso che, come ha scritto Foucault, «nel liberalismo del XVIII secolo il mercato era definito e descritto a partire dallo scambio, lo scambio libero tra due partner che stabilivano, in virtù del loro stesso scambio, un'equivalenza tra due valori. Il modello e il principio del mercato era lo scambio, e la libertà del mercato, l'assenza di intervento

⁸ Sul punto v. *infra*, paragrafo 4.

⁹ Per alcune sintetiche considerazioni al riguardo, rinvio ancora a L. Nivarra, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit, spec. 500 ss.

da parte di un terzo, di un'autorità qualunque, a fortiori dell'autorità dello stato, era applicata, ovviamente, affinché il mercato potesse essere valido e affinché l'equivalenza fosse appunto tale. Tutt'al più si chiedeva allo stato di sorvegliare il buon andamento del mercato, di fare in modo, cioè, che fosse rispettata la libertà di chi era impegnato nello scambio»¹⁰.

Il superamento del paradigma protoliberalo ed il passaggio ad una concezione che individua nel principio della concorrenza la forma organizzatrice del mercato ha conseguenze molto rilevanti, in primo luogo il rifiuto del *laissez faire* propriamente inteso. Difatti, come osserva ancora Foucault «... la concorrenza non deve i suoi effetti benefici a un'antiorità di natura, a un dato naturale che porterebbe con sé. Li deve piuttosto ad un privilegio formale. La concorrenza è un'essenza, un *eidòs*. La concorrenza è un principio di formalizzazione. Possiede una sua logica interna, e ha una sua struttura propria. I suoi effetti si producono solo a condizione che questa logica sia rispettata... La concorrenza, come logica economica essenziale, potrà apparire e produrre i suoi effetti positivi solo se sarà presente un certo numero di condizioni, che saranno state accuratamente e artificialmente predisposte. Il che significa che la concorrenza pura non è un dato primitivo, e che non potrà essere altro che il risultato di un lungo sforzo. Anzi, a dire il vero, la concorrenza pura come tale non sarà mai raggiunta. La concorrenza pura dovrà essere, e non potrà essere altro che un obiettivo il quale a sua volta presuppone, pertanto, una

¹⁰ M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., 109-110.

politica indefinitivamente attiva... D'un tratto... tra un'economia basata sulla concorrenza e uno stato, è facile osservare che il rapporto non potrà più essere di delimitazione reciproca di ambiti differenti. Non avremo più il gioco del mercato che si deve lasciare libero, da un lato, e l'ambito in cui lo stato comincerà ad intervenire, dall'altro, proprio perché il mercato, o piuttosto la concorrenza pura, che è l'essenza stessa del mercato, potrà apparire solo se sarà prodotta, e se lo sarà da una governamentalità attiva. Avremo dunque una sorta di totale sovrapposizione dei meccanismi di mercato, ancorati alla concorrenza, e della politica di governo. Il governo, insomma, deve accompagnare dall'inizio alla fine l'economia di mercato. L'economia di mercato, infatti, non sottrae qualcosa al governo, bensì indica, costituisce l'indice generale sotto il quale dovrà venire collocata la regola destinata a definire tutte le azioni di governo. Si dovrà governare per il mercato, piuttosto che governare a causa del mercato. È per questa ragione che... il rapporto stabilito dal liberalismo del XVIII secolo risulta interamente rovesciato»¹¹.

Mi pare che Foucault colga con esemplare chiarezza i tratti dominanti del liberalismo nella sua fase attuale (quella del capitalismo.³) quanto al modo di atteggiarsi del rapporto tra politica ed economia o, per usare un vocabolario più limitato ed anche più familiare ai giuristi, tra legge ed autonomia privata¹². Il mercato non è più un

¹¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit. 111-112. Secondo Foucault la matrice teorica di questo mutamento di paradigma andrebbe rintracciata nel pensiero degli ordoliberali.

¹² Al riguardo si vedano anche le puntuali osservazioni di F. Merusi,

presupposto ma un obiettivo perché la concorrenza, suo nuovo principio ispiratore, può funzionare soltanto a patto che si creino e si conservino le condizioni del suo esistere: e ciò esige una ininterrotta produzione di norme giuridiche di vario tipo ma tutte dedite alla tutela di un dispositivo tanto delicato quanto inafferrabile.

Per la verità, il modello foucaultiano richiede una piccola correzione nel senso che anche lo scambio – modo di essere del mercato tipico del capitalismo.¹ – richiede una robusta dose di artificio giuridico, riconducibile all'astrazione del soggetto, all'affermazione del principio di eguaglianza di fronte alla legge e alla conseguente, drastica semplificazione del sistema delle fonti del diritto (il codice civile)¹³. Naturalmente, quello dello scambio è un principio che opera secondo una logica diversa (non saprei se anche meno complessa, come sembra pensare Foucault) da quella che governa la concorrenza: il suo buon funzionamento esige un sistema giuridico in grado di garantire un accesso generale e indiscriminato ad utilità negoziabili dalle parti attra-

Il potere normativo delle autorità indipendenti, in L'autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di G. Gitti), Bologna, 2006, 46 ss., ad avviso del quale l'esistenza delle autorità amministrative indipendenti e il dispiegarsi, in una pluralità di forme, della loro attività regolatoria è riconducibile al tramonto dell'«illusione, riflessa nei codici napoleonici, che bastasse l'autonomia negoziale per poter esercitare il diritto di libertà economica».

¹³ Osservazioni molto acute sul punto si ritrovano nel saggio di M. Tronti, *Lo Stato del capitalismo organizzato*, cit., 71-72, per il quale «il rapporto tra produzione e politica fa parte della natura stessa del capitale» in tutte le fasi della sua evoluzione storica a cominciare da quella libero-concorrenziale elevata alla dignità di «forma ideale eterna del capitalismo» sulla base di un'operazione di tipo ideologico.

verso una serie ripetuta e tendenzialmente indefinita di transazioni economiche.

Questo spiega la ragione per la quale i valori finali cui si ispira l'ordine giuridico protoborghese siano la proprietà e la libertà del volere; e spiega, altresì, la ragione per la quale le regole che disciplinano l'esercizio dei poteri di autonomia privata rivestano i caratteri della norma d'azione, ossia della norma il cui contenuto è esaurito, fondamentale, dalle condizioni di riconoscibilità e di validità di ciascun atto negoziale. Da questo punto di vista anche il mercato del liberalismo delle origini è un costrutto assai più che non un dato di natura: ma non vi è dubbio che, attese le sue modalità di funzionamento, l'effetto di "mimesi", in forza del quale l'ordine giuridico sembrerebbe semplicemente rispecchiare l'ordine economico, è molto più vistoso e fuorviante di quanto non sia accaduto poi, nelle fasi successive della storia del capitalismo.

Come si è già osservato, la fine dell'*embedded capitalism* e l'avvento della controrivoluzione liberista non hanno affatto dato luogo ad un ritorno alle origini, ossia ad un mercato imperniato sul principio dello scambio. È accaduto, viceversa, che, a seguito delle profonde trasformazioni sperimentate a partire dal secondo dopoguerra dal sistema economico dominante, la *ratio essendi* di quest'ultimo si sia incarnata nell'idea della concorrenza. L'evoluzione in senso concorrenziale del capitalismo è il frutto di una molteplicità di cause di varia natura, alcuni delle quali esterne alla dimensione puramente economica (ad esempio, l'affermazione e la diffusione della sua variante nordamericana, favorita anche dall'esito del secondo conflitto mondiale e dalla

sconfitta del capitalismo dei *Konzerne*, alleato storico del nazismo).

Tuttavia, a mio avviso, i due fattori che maggiormente hanno contribuito ad imprimere al capitalismo il suo attuale volto concorrenziale possano ravvisarsi, da un lato, nella progressiva e sempre più impetuosa internazionalizzazione degli scambi, con la conseguente nascita di un mercato globale e, dall'altro, in uno sviluppo tecnologico capace di immediatamente tradursi nella produzione di beni e servizi destinati al consumo di massa. È il fenomeno al quale allude la formula del prodotto ad alto contenuto tecnologico. In origine il rapporto tra sviluppo tecnologico e capitalismo è più estrinseco, nel senso che la prima rivoluzione industriale incise, trasformandolo profondamente, sul modo di produrre le cose, lasciando nella sostanza invariata la gamma delle cose prodotte. Solo in un momento successivo (diciamo, grosso modo, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento) i guadagni dell'evoluzione tecnologica penetrano immediatamente nelle merci, anzi diventano essi stessi merci, con ciò realizzandosi la trasformazione della tecnologia da valore d'uso in valore di scambio¹⁴.

In una posizione per così dire intermedia si colloca l'adozione di forme seriali e parcellizzate di organizza-

¹⁴ Il passo successivo è quello che si consuma a partire dal terzo decennio del Novecento quando «la bellezza viene introdotta nei beni materiali per valorizzarli agli occhi del cliente. L'efficienza come unico fattore di richiamo sta per esaurirsi» (E.E. Calkins, *Beauty in the Business Tool*, in *The Atlantic Monthly*, 1927, 151, citato da V. Codeluppi, *Il biocapitalismo*, Torino, 2008, 64 il quale osserva che «Calkins aveva intuito che era necessario rivolgersi soprattutto all'inconscio del consumatore e che la bellezza era diventata la nuova arma competitiva».

zione del lavoro grazie alle quali la fabbrica capitalista è in grado di fornire una risposta adeguata all'enorme incremento della domanda indotto dai due fenomeni prima richiamati.

Tutto questo determina un riorientamento dell'equilibrio globale del sistema economico intorno all'asse "produzione su scala industriale di beni ad alto contenuto tecnologico-consumo di massa" in dipendenza del quale obiettivo del mercato diviene quello del soddisfacimento (e, ancora prima, della creazione) di bisogni sempre più diversificati e sofisticati. In altri termini, si passa da un mercato sede di transazioni isolate, in cui domanda ed offerta si incontrano casualmente e occasionalmente, ad un mercato nel quale, viceversa, la produzione di massa di beni e servizi, con il livello di investimenti, rischio e profitti che essa comporta, rende la domanda una variabile non dipendente, pena la crisi irreversibile, ed anzi il crollo, del sistema¹⁵. È proprio il primato strutturale della domanda a provocare il passaggio di testimone dal principio dello scambio a quello della concorrenza, giacché quest'ultima rappresenta, si direbbe per definizione, il dispositivo attraverso il quale è possibile pervenire alla misura ottimale di soddisfacimento della domanda stessa.

Naturalmente, esistono, e si sono avvicinati nel corso della storia degli ultimi centoventi anni, cioè dal-

¹⁵ Del resto, è ben noto che le politiche keinesiane ed il *Welfare*, in quanto strumenti diretto o indiretti di sostegno alla domanda, possono essere letti come una risposta all'emergere della formidabile capacità del capitalismo di combinare quantità e qualità nella produzione di beni di consumo. Per una prima informazione può ancora utilmente consultarsi *Crisi e piano* (a cura di M. Telò), Bari, 1979, *passim*.

l'entrata in vigore nel 1890 dello Sherman Act, modi anche molto diversi di intendere e praticare il meccanismo della concorrenza. Tuttavia, per quanto elementare e intuitivo sia il paradigma prescelto (ad esempio, quello per il quale l'assetto concorrenziale del mercato si identifica con la presenza, in atto, di una pluralità di imprese, preferibilmente di dimensioni medio - piccole), è fuor di dubbio che, come appunto osserva Foucault, la conservazione ed il funzionamento della concorrenza dipendono da «un certo numero di condizioni, che saranno state accuratamente e artificialmente predisposte»: condizioni certamente più numerose e più sofisticate di quelle richieste ai fini dello "scambio".

Ove si tratti di garantire quest'ultimo, infatti, le prestazioni rese dall'ordinamento giuridico si esauriscono nella previsione delle condizioni di riconoscibilità e di validità degli atti di autonomia privata (oltre che nella tutela del diritto di proprietà). Si tratta, in altri termini, dei requisiti in presenza dei quali la transazione posta in essere dalle parti è vincolante per queste ultime e produttiva di effetti conformi agli interessi dichiarati in sede negoziale. La risposta del sistema normativo obbedisce ad una logica fondamentalmente binaria (nullità/inefficacia originaria-validità/efficacia) la cui rigidità è temperata da un modulo intermedio (annullabilità/inefficacia successiva ed eventuale) in cui la sorte dell'atto è di nuovo rimessa nelle mani del privato.

Il modo di atteggiarsi della relazione legge-autonomia privata si presenta ben altrimenti complesso allorché il principio fondativo del mercato si rinvenga nella concorrenza. Intanto, anche a voler restare sul terreno più

consueto del vaglio ordinamentale cui viene assoggettato l'atto negoziale, è fuor di dubbio che sia con riguardo alle forme per il tramite delle quali il potere di autonomia si esplica in ambito concorrenziale, caratterizzate da un modesto grado di coagulo tipologico, sia che, invece, si abbia riguardo ai criteri di giudizio propriamente intesi, il test di ricevibilità di una fattispecie processata dal sistema giuridico nell'ottica della (tutela della) concorrenza deve tenere conto di una quantità di variabili di molto superiori a quelle rilevanti nell'ottica della tutela delle condizioni del puro e semplice scambio¹⁶.

Uno degli indicatori più eloquenti del mutamento di paradigma consumatosi con il passaggio dallo "scambio" alla "concorrenza" è rappresentato dalla attribuzione ad un'autorità amministrativa di penetranti funzioni di controllo ed intervento che investono direttamente l'esercizio dei poteri di autonomia privata. Certo, a nessuno è mai venuto in mente che quest'ultima, colta

¹⁶ Come è ampiamente risaputo, la nozione di intesa - alla quale corrisponde una modalità di estrinsecazione dell'autonomia privata peculiare alla dimensione concorrenziale del mercato - è quanto mai sfuggente e irriducibile ad uno schema tipico. Inoltre, come pure è noto, la rilevanza del fenomeno ai fini dell'applicazione del diritto *antitrust* implica un apprezzamento dei suoi effetti economici, sia pure soltanto potenziali, in termini di restrizione della concorrenza (sul punto v., da ultimo, M. Libertini, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, III, cit., 191 ss.). Sotto entrambi questi profili, è difficile immaginare una distanza maggiore dagli atti negoziali di stampo classico, i quali, da un lato, non possono spingersi, in punto di atipicità, oltre le colonne d'Ercole del contratto *ex artt. 1321 e 1325 c.c.*; e, dall'altro, sono assoggettati ad un giudizio di rilevanza che, mi pare, prescinde completamente dalle considerazioni delle possibili ripercussioni economiche di ciascun singolo atto.

nella sua proiezione originale (per intenderci: quella rispecchiata nello *Allgemeiner Teil* di cui agli artt. 1321-1469 del codice civile vigente) potesse essere affidata ad un sindacato diverso da quello del giudice ordinario. Mentre, viceversa, quella particolare versione dell'autonomia privata che si rinviene allorché le imprese provino, per via negoziale, ad incidere sull'assetto concorrenziale del mercato, storicamente è stata assoggettata ad un controllo, tanto giurisdizionale quanto amministrativo: *private e public enforcement*, secondo una degli innumerevoli anglicismi oggi in voga.

Si possono invocare varie possibili spiegazioni del perché di questo doppio circuito. A mio avviso, però, la ragione fondamentale consiste nel fatto che, per quanto formalmente sempre eguale a se stesso, il codice binario deputato a verificare la ricevibilità o meno dell'atto di autonomia privata in chiave *antitrust* sperimenta un percorso applicativo molto più accidentato dovendosi ricavare il giudizio di ammissibilità o meno dell'atto medesimo da un accertamento degli effetti che esso esplica sul mercato, anzi su di un mercato del quale, in primo luogo, vanno definiti i confini (il cosiddetto mercato rilevante). In altri termini, e per semplificare, mentre l'illiceità di una compravendita implica un giudizio che mette in relazione la singola fattispecie con il parametro di volta in volta individuato dall'ordinamento (la norma imperativa, l'ordine pubblico, il buon costume), il giudizio di illiceità di un'intesa solo apparentemente si esaurisce in una relazione duale (fattispecie-conformità al mercato della pratica oggetto di valutazione) perché, a parte la questione, già segnalata in precedenza, della maggiore o minore afferrabilità della fattispecie medesima, quel

giudizio, viceversa, deve passare per un medio (gli effetti economici sul mercato) che gli imprime una conformazione inconfondibilmente triadica¹⁷.

In altri termini, se l'atto di autonomia privata direttamente verte sul *modus operandi* del dispositivo concorrenziale, il vaglio ordinamentale raddoppia (nel senso che esso viene affidato a due distinte competenze, quella dell'autorità giudiziaria ordinaria e quella dell'autorità amministrativa indipendente) perché qui l'esercizio delle prerogative attribuite ai privati ha una ricaduta immediata sulle condizioni di riproducibilità di queste ultime. Ne discende che, proprio a cagione della loro portata sistemica, si giustifica e, anzi, si impone un controllo pubblicistico sulle pratiche potenzialmente restrittive della concorrenza volto ad evitare che la libertà negoziale (colta nella sua dimensione individuale) divori la libertà di iniziativa economica (colta, invece, nella sua dimensione istituzionale).

Il passaggio dal principio dello "scambio" a quello della "concorrenza" si lascia apprezzare anche nella prospettiva testé accennata. Infatti, il regime giuridico dello "scambio" è caratterizzato da una sostanziale indifferenza

¹⁷ Quello che voglio dire è che mentre nel primo caso, l'atto di autonomia privata è del tutto decontestualizzato, trovandosi a fronteggiare direttamente la legge, nel secondo caso, al contrario, esso, attraverso la mediazione dei suoi effetti economici, è immerso in un contesto preciso, per quanto ampio, e cioè il mercato rilevante. Da questo punto di vista, forse, le preoccupazioni espresse da P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto*, cit., 277-280 circa i rischi indotti da una visione pancontrattualistica del fenomeno delle intese possono considerarsi in buona misura superate.

della regola rispetto alle due posizioni della domanda e dell'offerta; mentre, viceversa, il regime giuridico della "concorrenza", per le ragioni sinteticamente richiamate più sopra, è caratterizzato dalla rottura di quell'equilibrio e dal prepotente emergere del primato della domanda, sotto la forma di uno specifico impegno del sistema giuridico a creare, mantenere e, ove necessario, a ripristinare le condizioni, almeno tendenzialmente ottimali, per il soddisfacimento della domanda medesima¹⁸.

Tutto ciò ha come conseguenza che all'originaria libertà negoziale, il cui esercizio da parte dei singoli era di per sé garanzia di benessere collettivo ("scambio", concorrenza perfetta, mano invisibile), si affianca, appunto, la libertà di iniziativa economica, la libertà del mercato la quale se, per un verso, mantiene i connotati della prerogativa individuale, per altro verso si arricchisce di contenuti ulteriori nella misura in cui può funzionare soltanto se immersa all'interno di un ordine, di una istituzione (il mercato concorrenziale, appunto) oggetto di una tutela pubblicistica *ad hoc*.

Per concludere sul punto, mi pare che si possa dire questo. L'autonomia privata al servizio dello "scambio" incontra fundamentalmente limiti di due tipi. Un primo limite è riconducibile alle regole interne di funzionamento della stessa autonomia privata (quelle che ho

¹⁸ Tendenzialmente ottimali perché, come appunto osserva Foucault, «la concorrenza pura non è un dato primitivo, e che non potrà essere altro che il risultato di un lungo sforzo. Anzi, a dire il vero, la concorrenza pura come tale non sarà mai raggiunta. La concorrenza pura dovrà essere, e non potrà essere altro che un obiettivo il quale a sua volta presuppone, pertanto, una politica indefinitivamente attiva»

chiamato norme d'azione): la loro violazione si concretizza nell'inosservanza degli oneri fissati dalla legge affinché l'atto di autonomia possa essere recepito dall'ordinamento e pone capo al fenomeno del negozio illegale. Un secondo limite è riconducibile alle regole che presiedono non al puro e semplice funzionamento del sottosistema dell'autonomia privata, ma alla tutela di interessi strumentali alla conservazione di un ordine socio-politico storicamente determinato: l'inosservanza di tali regole pone capo al fenomeno del negozio illecito¹⁹.

L'autonomia privata al servizio della "concorrenza" patisce un limite ulteriore, destinato ad entrare in gioco tutte le volte in cui il suo esercizio incida, direttamente, sul meccanismo concorrenziale, ossia su un dato di realtà che il sistema giuridico interpreta come sede di un virtuale conflitto della libertà negoziale (sotto la specie della libertà di iniziativa economica) con se stessa. Qui, la disposizione istitutiva del limite individua un parametro che si colloca esattamente a metà tra legalità e liceità: infatti, la disciplina *antitrust* se, per un verso, non si avvale di regole costitutive *stricto sensu*²⁰, per altro verso, come si è visto, fa discendere il giudizio di (il)liceità della pratica di volta in volta presa in esame dalla accertata (in)compatibilità di quest'ultima con la preservazione di margini sufficientemente ampi per il perdurante dispiegarsi della

¹⁹ Per la distinzione tra negozio illegale e negozio illecito v. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, già citato alla nt. 15 del Cap. I.

²⁰ Assimilabili, per intenderci, a quelle contenute nella parte sul contratto in generale e relative all'accordo, alla forma, all'oggetto e alla causa (limitatamente, con riguardo a questi due ultimi requisiti, al loro esserci o essere possibili).

libertà negoziale, sempre colta nella sua veste di libertà di iniziativa economica²¹.

Il limite in tal modo istituito, pertanto, sarà non un limite esterno, bensì un limite interno all'autonomia privata, e riconducibile ad un'esigenza di conservazione delle condizioni di riproducibilità di quest'ultima. Sotto questo profilo, la violazione *antitrust*, nella misura in cui si scarica su ciò che la rende possibile²², ossia la libertà di iniziativa economica in quanto oggetto di una specifica tutela, finisce sempre per mettere in discussione il presupposto stesso del suo riconoscimento. Tuttavia, la reazione dell'ordinamento si orienterà, qui, secondo il modulo tradizionale della illiceità (dove la coppia nullità/risarcimento del danno di cui all'art. 33, comma 2° l. n. 287/90), posto che, per quel che attiene alle regole di identificazione primigenia delle fattispecie rilevanti, il diritto *antitrust* attinge al serbatoio del codice civile, riservando a se stesso il compito, appunto, di individuare i rimedi, oltre che quello di riempire di contenuti più pregnanti le *silhouette* rivenienti dallo *Allgemeiner Teil*²³.

²¹ Superfluo precisare che il *quantum* di restrizione della concorrenza (ovvero, della libertà di iniziativa economica) che il sistema giuridico è disposto a tollerare dipende dalle consuete variabili di tempo, luogo, cultura ecc.

²² O, per meglio dire, su ciò che rende possibile il dispiegarsi della pratica (intesa, rifiuto unilaterale di contrarre, imposizione di condizioni discriminatorie ecc.) attraverso la quale la violazione si consuma.

²³ Per "regole di identificazione primigenia" intendo quelle regole grazie alle quali parole come contratto, danno, risarcimento, nullità ecc. riescono ad evocare nei parlanti un insieme condiviso di fenomeni rilevanti ai fini della qualificazione giuridica. Si rammenti che, già a questo livello, il diritto *antitrust* tende, in ogni caso, a smarcarsi dai vincoli posti

3. Il diritto dei consumi e la tutela della concorrenza

Le osservazioni formulate da ultimo rivestono una grande importanza ai fini del prosieguo del nostro discorso. Infatti, dal punto di vista degli equilibri interni al sistema giuridico, l'affermazione della "concorrenza" come principio ispiratore del mercato ha portato con sé il parallelo e progressivo manifestarsi di una seconda epifania dell'autonomia privata, la quale oggi si trova a convivere con la prima, ossia con quella che si era accompagnata al primato del principio dello "scambio". Come si è visto, la differenza fondamentale che passa tra queste due versioni dell'autonomia privata risiede nel diverso modo di atteggiarsi delle regole di (ir)ricevibilità dell'atto posto in essere dai privati, sperimentando l'autonomia privata al servizio della "concorrenza" un limite ulteriore riconducibile all'esigenza di sottrarla a fenomeni di autofagia.

Quella all'autofagia è una tendenza immanente al sistema capitalistico, che si manifesta in varie guise e a vari livelli. Attualmente, la sua manifestazione più vistosa è il biocapitalismo il quale si alimenta della vita degli esseri umani e, però, in pari tempo, tende a soffocarla²⁴. L'*antitrust* ha rappresentato, storicamente, lo strumento at-

dal diritto comune: di ciò è testimonianza eloquente, ad esempio, la già richiamata magmaticità della nozione di intesa.

²⁴ In questo modo, come è stato osservato (V. Codeluppi, *Il biocapitalismo*, cit., 101-102), viene radicalmente messa in discussione l'idea, ottimistica, di Marx secondo cui residuerebbe sempre, all'interno della forma di merce, uno spazio riservato al valore d'uso in grado di contenere la spinta del valore di scambio, del denaro, all'autoaccrescimento illimitato e tautologico.

traverso il quale il sistema ha provato a preservare se stesso, in quanto imperniato sul principio della libertà contrattuale, dall'autodistruzione. Oggi, però, come meglio si vedrà più avanti, la pulsione regolatoria, già insita nel diritto dei cartelli, ha sfondato gli argini e dilaga alla ricerca dell'equilibrio concorrenziale assoluto.

In altri termini, si può dire che la conformazione marcatamente concorrenziale assunta dal mercato capitalistico ha sviluppato sul sistema giuridico una pressione così forte da indurre quest'ultimo a differenziare, attribuendo a ciascuno di essi un'autonomia rilevante, gli ambiti in seno ai quali la libertà contrattuale può trovare espressione. La inevitabile coesistenza di questi distinti ambiti genera tensioni a più livelli²⁵. In primo luogo, come pure si è visto, allorché l'autonomia privata sconfini dalla sfera dello "scambio" alla sfera della "concorrenza", il diritto si vede costretto a reagire adottando quell'insieme di misure che, pur nella loro varietà, hanno dato vita all'ormai più che secolare esperienza dell'*antitrust*. In secondo luogo, la penetrazione ed il radicamento nel sistema giuridico del principio della "con-

²⁵ Coesistenza inevitabile perché residuano settori del mercato capitalistico in cui lo "scambio" continua ad essere il principio ispiratore del meccanismo economico (si pensi, ad esempio, alla compravendita non professionale di immobili). D'altra parte, sotto questo profilo il capitalismo è un po' come il cervello umano all'interno del quale, come è noto, si sono stratificate zone più antiche (cervello arcaico, cervello limbico) e zone più recenti (corteccia cerebrale). Se non piace la metafora neurologica, basterà allora richiamare l'insegnamento di Braudel (sinteticamente esposto in: F. Braudel, *La dinamica del capitalismo*, Bologna, 1988, *passim*) a proposito della normale coesistenza di vita materiale, economia di mercato e capitalismo.

correnza" ha provocato effetti molto importanti anche sul terreno della coerenza complessiva del sistema medesimo, e, in particolare, sulla perdurante possibilità di individuare un nucleo di regole applicabili trasversalmente a tutti gli ambiti nei quali l'autonomia privata si esplica.

Per la verità, il fenomeno richiamato da ultimo è emerso in tutta la sua portata relativamente di recente, perché fino a quando la tutela della concorrenza ha coinciso con il diritto *antitrust* e con le norme in punto di concorrenza sleale è risultato abbastanza agevole rinchiuderla entro i confini di un diritto secondo (nel caso di specie, il diritto industriale). Negli ultimi due decenni, viceversa, l'attenzione dell'ordine giuridico per la concorrenza ha assunto proporzioni inusitate, provocando, o portando definitivamente alla luce, quelle tensioni alle quali alludevo più sopra²⁶. Al riguardo merita di essere segnalato, in primo luogo, come l'enorme sviluppo delle politiche regolatorie in materia di concorrenza sia andato di pari passo, sulla scala continentale, con il parallelo intensificarsi dello sforzo di edificazione dell'unità europea. Anzi, da questo punto di vista, ben può dirsi che il paradigma foucaultiano abbia trovato, qui, un'applicazione esemplare, stante il carattere parossistico con cui l'intreccio tra politica ed economia politica si è pre-

²⁶ Aggravate, nel caso dell'Italia, dai presunti effetti che il nuovo corso avrebbe prodotto in punto di costituzione economica. Sul punto mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *La concorrenza. Le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, 469 ss. V. anche, da ultimo, A. Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 3 ss. il quale sposa la tesi, per la verità del tutto ragionevole, secondo cui «risulta eccessiva l'idea di un insanabile contrasto tra il modello di mercato proposto dal diritto comunitario e il dettato costituzionale».

sentato nel caso della costruzione dell'UE: un'impresa in larghissima misura assorbita, almeno fino a questo momento, dall'obiettivo di istaurare un mercato comune vigorosamente competitivo.

Infatti, secondo l'art. 2 Tr. CE, il primo compito della Comunità consisteva proprio nella promozione di un mercato comune e, in base all'art. 3, lett. g), uno degli strumenti da utilizzare per il conseguimento di quel fine era rappresentato dalla creazione di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno». Sotto questo profilo, almeno sino ad ora, non soltanto la politica è stata al servizio della concorrenza ma, addirittura, in un certo senso, il rapporto si è invertito perché le *policy* promozionali della concorrenza dispiegate con crescente energia dall'Unione esauriscono, in larga misura, il significato dell'esperienza europea come sfera propriamente pubblica.

In secondo luogo, è accaduto che nelle mani del legislatore europeo la tutela della concorrenza abbia notevolmente ampliato i suoi limiti tradizionali in virtù del fragoroso ingresso sulla scena del consumatore finale. I ripetuti interventi del diritto comunitario in questo settore hanno dato vita ad un corpo normativo caratterizzato da un elevato grado di coerenza ed organicità, al punto che, come è noto, in diversi paesi dell'Unione, tra i quali l'Italia e la Francia, la materia è stata oggetto di una codificazione/consolidazione, mentre in altri, come la Germania, la disciplina consumeristica, in alcuni suoi segmenti più significativi, è stata promossa al rango di diritto comune dei contratti.

La riconducibilità di questo insieme di disposizioni entro l'alveo della regolazione giuridica della concor-

renza non può essere messa in dubbio. Il consumatore finale rappresenta il segmento ultimo della domanda e il termometro più affidabile (anche se non più, almeno secondo i modelli teorici più in auge negli ultimi decenni, il beneficiario esclusivo) del buon funzionamento del dispositivo concorrenziale: proteggere il consumatore, in altri termini, equivale, per un verso, a preservare le condizioni minime per una diagnosi di primo orientamento sullo stato di salute del mercato e, per altro verso, ad impedire che, attraverso la sua vessazione, imprese immeritevoli permangano, o rafforzino la propria posizione, sul mercato. Sotto questo profilo il *continuum* con l'*antitrust* balza agli occhi giacché, in entrambi i casi, nel mirino della legge sta la distorsione delle regole del gioco indotta dalla *deminutio* inflitta all'altrui libertà contrattuale²⁷.

Naturalmente, il modo in cui funzionano queste discipline è molto diverso a causa del diverso modo di atteggiarsi della distorsione contro la quale esse reagiscono. Nel caso dell'*antitrust*, l'effetto distorsivo discende sempre da una opzione strategica che il diritto prova a neutralizzare, ora colpendo l'atto (o la sequenza di atti) cui è stato affidato il compito di distorcere, ora eliminando, attraverso il risarcimento dei danni, i vantaggi assicurati dalla manovra distorsiva. Nel caso della tutela consumeristica, viceversa, la distorsione è, per così dire, *in re ipsa*, derivando dallo squilibrio che strutturalmente,

²⁷ Ancora una volta da intendersi come libertà di iniziativa economica. In questo senso v., da ultimo, le osservazioni di M. Libertini, *Clausole generali e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 94.

appunto, caratterizza il rapporto tra professionista e consumatore. Insomma, la distorsione amministrata dal diritto dei cartelli si iscrive nel segno della contingenza; la distorsione amministrata dal diritto dei consumi si iscrive, al contrario, nel segno della necessità.

Questa differenza spiega anche il motivo per il quale le discipline consumeristiche – a partire dalla ormai storica dir. 13/93 CE in materia di clausole vessatorie – individuino il loro oggetto privilegiato nel contratto, inteso, però, in un significato molto ampio e idoneo a ricomprendere la relazione contrattuale nel suo insieme, dalla fase delle trattative all'esecuzione del rapporto, passando per la determinazione del contenuto precettivo dell'accordo²⁸. Il contratto, infatti, è il luogo nel quale immancabilmente si deposita il divario di forza tipico del rapporto consumatore-professionista e di cui la mancata

²⁸ L'intervento sul contratto in chiave di tutela del consumatore si distribuisce, però, in modo non uniforme tra le varie fasi della relazione contrattuale, nel senso che esso non sempre attinge il medesimo livello di generalità. Ad esempio, una accurata disciplina normativa della fase che precede la conclusione del contratto è prerogativa dei contratti di investimento finanziari (si v. l'art. 21 D. lgs. n. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), mentre nel caso di particolari modalità contrattuali (contratti conclusi a distanza, contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali) o di particolari tipologie di contratti (vendita) insieme a particolari tipologie di beni (beni di consumo), l'intervento del legislatore si concentra sulla fase di attuazione del rapporto e pone capo alla attribuzione al consumatore di poteri di conformazione del rapporto medesimo (diritto di recesso: artt. 64-67 cod. cons.; diritti di ripristino, riduzione del prezzo o risoluzione: art. 130 cod. cons.). Veramente generale è soltanto la disciplina delle clausole vessatorie, cioè, appunto, di un profilo inerente al contenuto del contratto: ma questo si spiega perché il non essere negoziati è ciò che, per definizione, tutti i contratti con i consumatori possono avere in comune.

negoziazione è il segno esteriore più eclatante, ancorché non il solo. Correggere quello squilibrio e, quindi, neutralizzare gli effetti della distorsione da esso indotta, implica una regolamentazione capillare del contratto che si avvale di tecniche le più diverse (dalla imposizione di specifici obblighi a carico del professionista, all'attribuzione di altrettanto specifici diritti a vantaggio del consumatore, sino alla previsione di forme di invalidità irriducibili all'archetipo codicistico).

Difficile trovare precedenti, vicini e lontani nel tempo, in cui l'autonomia privata sia stata oggetto di una così soffocante attenzione da parte del legislatore. A fronte di un simile dispiegarsi di energie regolatorie, il diritto diseguale dei contratti che avrebbe dovuto rappresentare uno dei tasselli fondamentali della pacifica transizione al socialismo vagheggiata ancora fino alla fine degli anni '70²⁹ appare davvero ben poca cosa. Il punto è che tentare di far decentemente funzionare il meccanismo concorrenziale è molto difficile, specie se l'obiettivo non è più semplicemente quello di contenere gli effetti di manovre finalizzate all'acquisizione o al rafforzamento di una posizione di dominio sul mercato, quanto piuttosto, quello, ben altrimenti impegnativo, di correggere lo squilibrio strutturale che si annida nel cuore delle infinite operazioni di scambio che sul mercato ogni giorno

²⁹ Sul punto v. L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 17-18. E non è certamente un caso che voci autorevoli si levino per deplorare l'eccessiva intrusività del diritto dell'UE che metterebbe a repentaglio il principio della libertà contrattuale: v., tra gli altri, J. Basedow, *Freedom of Contract in the European Union*, in *ERPL*, 2008, 901 ss.

si perfezionano e attraverso le quali la domanda di consumo viene soddisfatta dai "professionisti".

Questo è un passaggio del ragionamento molto delicato, sul quale credo che valga la pena di richiamare l'attenzione del lettore. Infatti, il fenomeno al quale stiamo assistendo e che, a mio avviso, è in grado di determinare una profonda ed irreversibile trasformazione della fisionomia dei sistemi giuridici, almeno per come l'abbiamo appresa dalla prima modernità, è quello di una sorta di ribaltamento, o rinculo, del principio della concorrenza sul principio dello scambio: fenomeno che, declinato secondo un vocabolario più familiare ai giuristi, si potrebbe descrivere nei termini di un progressivo assorbimento del diritto dei contratti da parte del diritto della concorrenza. In altri termini, mentre per una lunga fase (più o meno coincidente con quello che ho chiamato il capitalismo.²) il diritto della concorrenza (prima repressione della concorrenza sleale, poi anche *antitrust*) è stato davvero un diritto secondo, limitandosi ad intervenire là dove si manifestavano i segni più vistosi di una alterazione delle regole del gioco, che, però, rimanevano quelle dello scambio, adesso (capitalismo.³) la pretesa, incarnata dalla *policy* consumerista dell'UE, è quella di incistare la *ratio* concorrenziale già dentro la singola relazione professionista-consumatore, con il dichiarato obiettivo di impedire sul nascere il consolidarsi di rendite di posizione da squilibrio di potere contrattuale.

Insomma, il legislatore non si accontenta più di prevenire o reprimere i monopoli: vuole che il massimo possibile di libertà di scelta del consumatore finale si espliciti già a partire dal momento in cui si perfeziona l'offerta di beni o di servizi da parte delle imprese. Indi-

pendentemente cioè, dall'assetto, più o meno concorrenziale, del mercato, l'atto di consumo viene assoggettato a regole volte a neutralizzare la distorsione che si annida in quella particolarissima forma di monopolio riconducibile al controllo esercitato dall'impresa sulle informazioni rilevanti ai fini dell'affare. In altre parole, si può dire che negli ultimi trent'anni la regolazione giuridica del mercato in funzione della tutela e dello sviluppo della concorrenza abbia visto affiancarsi all'*antitrust* di stampo tradizionale, operante su una scala sistemica, una diversa *policy* operante a livello molecolare, ossia a livello del singolo rapporto di scambio, e affidata ad un intervento normativo sul contratto.

La vicenda appena richiamata è figlia tardiva dell'ormai risalente passaggio del sistema economico a modalità massificate di produzione e consumo, in relazione alle quali si registra il parallelo trapasso dal paradigma dello scambio protoborghese, imperniato sulla eguaglianza formale delle parti, a quello neocapitalistico, incentrato sulla programmatica, strutturale primazia di uno dei due contraenti. Sul terreno delle prassi negoziali, l'indicatore più vistoso e significativo di questo fenomeno è rappresentato dalla contrattazione *standard*, ossia da una tecnica di conclusione del contratto imposta proprio dalle esigenze di uniformità e serialità degli scambi, che colpisce al cuore l'equilibrio ipotizzato dal diritto dei codici ottocenteschi, sottraendo all'aderente il potere di concorrere alla determinazione del regolamento contrattuale³⁰.

³⁰ Sulla conformità ad irresistibili ragioni di efficienza economica

Tuttavia, al riguardo, si deve osservare come l'asse del discorso sul modo di essere della forza detenuta dal contraente forte si sia andato spostando nel corso del tempo, e con l'affinamento degli strumenti di indagine, dalla denuncia del *vulnus* inferto alla libertà dell'adrente di determinare il contenuto del contratto (secondo una prospettiva ancora tutta interna al formalismo egualizzante delle origini), alla denuncia (secondo una prospettiva di taglio decisamente più realistico) della ineguale distribuzione tra le parti del patrimonio informativo rilevante ai fini di un calcolo economico razionale: un fenomeno, questo, che, compromettendo l'effettivo funzionamento del sistema delle transazioni individuali, rischia di invalidare la stessa scelta apicale di attribuire (o riconoscere) ai privati poteri di autonomia. In sostanza, quindi, il contraente forte, almeno in prima battuta, è forte non perché decida di più, ma perché sa di più: e il suo sapere di più non è occasionale, ma, appunto, strutturale, cioè costitutivamente intrecciato, attraverso il *medium* della produzione e del consumo di massa, a forme di organizzazione aziendale caratterizzate, tra l'altro, dall'accentramento di informazioni sulla base delle quali viene pianificato il sistema delle regole negoziali che governano i rapporti con il pubblico.

Tale approccio più realistico ha consentito di allargare notevolmente gli orizzonti della tutela consumeristica, catturando, al di là della contrattazione *standard*, tutte quelle fattispecie in relazione alle quali si registra

della contrattazione *standard* v. ancora V. Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1975, 25 ss.

un'asimmetria informativa. Naturalmente, le tecniche di reazione messe a punto dall'ordinamento giuridico variano a seconda delle circostanze (si va dalla nullità della clausola abusiva alla congerie di obblighi di informazione gravanti, ad esempio, sugli intermediari finanziari), ma il tratto comune si rinviene nella acquisita consapevolezza che l'asimmetria informativa strutturalmente inerente al rapporto impresa-consumatore finale rappresenta un ostacolo ad una *workable competition* grande almeno quanto le pratiche represses dalla legislazione anti-monopolistica.

Del resto, come già detto, vi è un evidente *continuum* tra i due livelli di intervento. Da un lato, infatti, l'efficacia di un'azione di contenimento del potere di mercato dell'impresa sarebbe drasticamente ridimensionato, ove non addirittura vanificato, se poi l'estorsione monopolistica ai danni del consumatore finale potesse impunemente realizzarsi, approfittando dell'asimmetria informativa, nella relazione diretta con quest'ultimo. Dall'altro lato, una regolazione esigente – quale è quella che si è venuta stratificando in sede europea negli ultimi decenni – del rapporto impresa – consumatore finale, è del tutto coerente con l'obiettivo di prevenire, o neutralizzare, strategie di acquisizione del potere di mercato che prescindano dalle intrinseche qualità dell'offerta³¹.

³¹ La tesi secondo cui fra diritto *antitrust*, tutela del consumatore e tutela dell'impresa debole vi sarebbe un *continuum*, nel senso che esse perseguono il medesimo obiettivo di promuovere un mercato concorrenziale, può apparire banale, o imprecisa o dotata di un modesto contenuto cognitivo (v., ad es, sul punto, le osservazioni di F. Denozza, *Intervento su Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in *MCR*, 2009, 45-50). Tuttavia l'assoggettamento in misura crescente del singolo atto di

In quest'ottica si comprende anche la ragione per la quale la tutela consumeristica abbia notevolmente allargato i suoi confini tradizionali, andando ben oltre l'approccio, di segno difensivo, proprio della disciplina delle condizioni generali di contratto (nullità della clausola vessatoria). Esempio, al riguardo, il modo in cui il legislatore comunitario ha ritenuto di impostare la gerarchia dei rimedi offerti al consumatore finale, acquirente di un bene di consumo, sancendo il primato della forma reale di tutela (riparazione o sostituzione del bene: art. 130, comma 2° e 3° cod.cons., traduzione fedele dell'art. 3 dir.1999/44 CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo). Tale primato risponde ad un obiettivo molto preciso che è quello «di imporre un mercato fortemente integrato in senso verticale, caratterizzato da una distribuzione strettamente legata alla produzione e strutturato in modo da offrire servizi postvendita»³². In altre parole, l'atto di consumo viene, qui, as-

autonomia privata ad un sindacato inteso a censurare lo squilibrio, informativo o economico, tra le parti, obbedisce chiaramente all'esigenza di prevenire un primo accumulo di potere derivante dall'estorsione ai danni del consumatore finale o dell'impresa debole. Altra questione è quella, correttamente individuata da Denozza, per cui tanto la nozione di concorrenza quanto quella di consumatore avute presente dal legislatore sono tutt'altro che stabili, omogenei e coerenti, con il risultato che anche le relative *policy* incappano in tensioni e conflitti endemici.

³² S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir.priv.*, 2004, 1081. Nella dottrina civilistica, però, è presente anche una diversa linea di pensiero per la quale il nesso che lega *antitrust* e tutela consumeristica è assai meno forte di quanto qui sostenuto. Così, ad esempio, secondo A. Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 134 ss., mentre il diritto dei cartelli ha come obiettivo l'efficienza allocativa, il diritto dei consumi ha

soggettato ad una regola che, a partire da un certo, specifico modo di atteggiarsi del corredo dei rimedi messi a disposizione del consumatore finale, esprime una chiarissima direttiva in ordine al terreno sul quale la competizione tra imprese deve svilupparsi. In questa ipotesi il *continuum* si manifesta in modo esemplare, posto che la disciplina del contratto si proietta immediatamente sulla struttura del mercato.

Una ulteriore, vigorosa conferma della sussistenza del nesso che lega i due livelli in cui si articola la tutela del mercato offre il regolamento 2006/2004/Ce in materia di cooperazione tra le autorità nazionali responsabili della esecuzione della normativa che tutela i consumatori ha imposto agli stati membri di individuare un'«autorità competente» con responsabilità specifiche per l'esecuzione della normativa sulla protezione degli interessi dei consumatori (art. 3, lett. c) reg.) e ciò al fine di «facilitare la cooperazione fra le autorità pubbliche, responsabili dell'esecuzione della normativa in materia di tutela degli interessi dei consumatori, nel trattare le infrazioni infracomunitarie e contribuire al buon funzio-

come obiettivo la giustizia contrattuale: e di ciò costituirebbe un indice sicuro il fatto che la nullità della clausola vessatoria, nella misura in cui essa opera soltanto a vantaggio del consumatore (art. 36, comma 3° cod. cons.), potrà essere rilevata d'ufficio solo quando la clausola, pur in astratto vessatoria, si riveli in concreto lesiva degli interessi del consumatore (nello stesso senso v., da ultimo, M. Girolami, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 350 ss.). In definitiva, la circostanza che il parametro ultimo alla stregua del quale decidere la sorte della clausola sia rappresentato dall'interesse del singolo, puntuale consumatore lascerebbe intendere che l'ordinamento giuridico tollerebbe assetti negoziali contrari all'efficienza sistemica ma conformi alle aspettative individuali.

namento del mercato interno, al miglioramento della qualità e della coerenza dell'esecuzione della normativa in materia di tutela degli interessi dei consumatori e al monitoraggio della protezione degli interessi economici dei consumatori» (considerando 3).

L'Italia ha individuato due autorità competenti: l'AGCM, per le pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20-26 cod. cons. (art. 27 cod. cons.), e il Ministero dello sviluppo economico per le materie dei servizi turistici, delle clausole abusive, della garanzia nella vendita dei beni di consumo, del credito al consumo e del commercio elettronico (art. 144-bis cod. cons.). Come è facile costatare, anche sotto questo riguardo, la libertà contrattuale declinata secondo il paradigma consumeristico viene attratta in un'orbita molto prossima a quella dell'*antitrust* classico (in entrambi i casi, difatti, si registra la presenza di un'autorità pubblica investita del compito di promuovere l'applicazione di regole che, in modo più o meno capillare, disciplinano l'esercizio dei poteri di autonomia in vista di una più efficace tutela della stessa). Al contrario, lo si è già osservato, era (ed è) inimmaginabile un presidio pubblicistico (nel senso testé illustrato) dell'autonomia privata declinata secondo il paradigma dello scambio³³.

³³ Il punto di sutura tra i due livelli (micro e macro) della disciplina giuridica del mercato può, oggi, rinvenirsi nella pronunzia con la quale la Cassazione, a sezioni unite, ha ammesso il consumatore finale all'esercizio dell'azione di risarcimento danni *ex art. 2, l. n. 287/90* (Cass., sez. un., 4 aprile 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014) ribaltando il contrario avviso espresso da Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, *ivi*, 2003, I, 1121. Un indice ulteriore della attingibilità del rimedio *antitrust* da parte del consumatore finale lo offre la disciplina dell'azione risarcitoria col-

Questa sorta di *antitrust* molecolare che si attua per il tramite della *policy* consumerista pone capo ad una riscrittura di pezzi fondamentali della disciplina del contratto che, già solo per essere ispirata ad un principio costitutivo diverso da quello proprio dello *Allgemeiner Teil* codicistico (concorrenza *v.* scambio), non soltanto non può essere riportata *de plano* a quest'ultimo, ma neppure si lascia inquadrare entro il rassicurante schema della specialità³⁴.

lettiva di cui all'art. 140 bis cod. cons. In questa prospettiva è possibile leggere anche il dinamismo di cui ha dato prova la Commissione, prima, nel 2001, con il *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*, poi, nel 2008, con il *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*.

³⁴ Un principio costitutivo diverso e di dignità almeno equivalente. A questo riguardo non si può fare a meno di osservare come, versati i proverbiali fiumi di inchiostro sulla compatibilità, o meno, della costituzione economica europea con quella scolpita dalla nostra Legge Fondamentale del 1948, allorché il fenomeno si riproponga a livello infracostituzionale, la dottrina civilistica (o, almeno, alcuni settori di essa) tendano a minimizzare quasi che, davvero, la disciplina generale del contratto dettata dal codice civile poggiasse su una *ratio* metastorica, in grado di adattarsi, ma fondamentalmente di adattare a sé, ogni movimento della storia, riducendolo ad un semplice scarto, nel senso di deviazione da un solco tracciato *für ewig*. In questo atteggiamento di taluni settori della dottrina giusprivatistica italiana è forse possibile scorgere, tra l'altro, tracce della concezione ottocentesca, davvero arcaica, secondo cui mentre le costituzioni sono per intero iscritte nella dimensione della politica e, quindi, della storia, il codice civile, e, ancor prima, il diritto civile, viceversa, raccolgono ed esprimono un'istanza di ordine ben altrimenti radicata (nel corpo sociale, nel mercato, nello spirito del popolo, nella tradizione culturale) e, dunque, essa si di rango autenticamente costituzionale.

4. L'abuso di dipendenza economica

Esattamente a metà, per così dire, tra l'*antitrust* di stampo classico che, come si è visto, opera su scala sistemica, avendo di mira la conservazione, o la promozione, di una certa struttura del mercato rilevante, e la legislazione consumeristica, si collocano quelle discipline, ora autoctone (così, la l. n. 192/1998 in materia di subfornitura, o, ancora, la l. n. 129/2004 in materia di affiliazione commerciale), ora traduzione immediata di direttive comunitarie (così, il d.lgs. n. 231/2002, attuazione della dir. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) che si propongono come obiettivo quello di evitare che un'impresa abusi della sua posizione di forza estorcendo alla controparte, che è pure un'impresa, ma in posizione di debolezza, vantaggi ingiustificati rispetto al modo in cui la transazione si strutturerebbe in condizioni di equilibrio.

Anche qui, dunque, il legislatore, avvalendosi di tecniche diverse a seconda delle circostanze, prova ad inoculare dentro la forma neutra dello scambio il virus del mercato concorrenziale, ossia di un mercato in cui il risultato finale (l'offerta di beni e servizi al pubblico) non sia alterato da rapporti di forza asimmetrici. Il tratto di continuità con la disciplina consumeristica si rinviene in ciò che qui, come lì, la distorsione riveste un carattere strutturale, agendo al livello del singolo rapporto indipendentemente dalla circostanza che il mercato di riferimento sia più o meno aperto.

Per la verità, con riguardo all'abuso di dipendenza economica, l'impermeabilità della singola relazione all'ambiente esterno si attenua nella misura in cui «la di-

pendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» (art. 9, comma 1° l. n. 192/1998). Tuttavia, anche a voler accedere alla lettura più radicale, secondo cui l'assenza sul mercato di alternative soddisfacenti rappresenterebbe l'unico possibile presupposto della dipendenza economica³⁵, non per questo la fattispecie in esame può, per intero, ricondursi dentro l'orizzonte di una tutela *antitrust* su scala sistemica. Infatti, dall'art. 9, comma 3°-bis l. n. 192/1998 si ricava che l'abuso di dipendenza economica può integrare gli estremi di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 l. n. 287/90 (dove la automatica competenza dell'AGCM); ovvero può avere rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, pur non configurandosi alla stregua di un abuso di posizione dominante (dove la competenza attribuita *ex novo* dal medesimo art. 9 all'AGCM); o, infine, non attingere neppure questa seconda, imperscrutabile soglia di rilevanza concorrenziale e rimanere confinato, appunto, entro i limiti segnati dalla singola relazione contrattuale.

Ora, nella misura in cui l'ipotesi intermedia (abuso di dipendenza economica rilevante per il mercato senza essere, al contempo, abuso di posizione dominante) sembra essere più il frutto di una svista del legislatore che non un fenomeno reale³⁶, ne discende che avremo un

³⁵ Così, ad esempio, R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 116 ss.

³⁶ Sul punto v. sempre R. Natoli, *op. cit.*, cit., 23 ss.

abuso di dipendenza economica riassorbito *tout court* dalla scala sistemica, e un abuso di dipendenza economica bagatellare (perché il mercato sul quale esso si consuma non è un mercato rilevante) rispetto al quale l'assenza di reali possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti finisce per essere un semplice elemento della fattispecie, e non anche la ragione vera ed ultima della repressione dell'abuso. Da questo punto di vista, il caso dell'abuso di dipendenza economica è veramente emblematico della differenza che passa tra una *policy* di tutela della concorrenza operante su scala sistemica e affidata, in primo luogo, a quello che ho chiamato l'*antitrust* di stampo tradizionale, e una *policy* di tutela concorrenziale, operante a livello molecolare, ossia, come pure si è detto, a livello del singolo rapporto di scambio, ed affidata ad un intervento normativo sul contratto.

5. Un caso paradigmatico: le nullità di protezione

Il richiamo alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica ci offre l'opportunità di affrontare una questione di particolare rilievo ai fini del nostro discorso. Come è noto, l'art. 9, comma 3° l. n. 192/1998 si limita a disporre la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso, senza aggiungere altro in ordine al regime di tale nullità. Il caso è veramente emblematico del processo che abbiamo provato a descrivere nei paragrafi precedenti perché mette alla prova la tenuta dello *Allgemeiner Teil*, ossia la perdurante attitudine della parte generale dei contratti, ancora ispirata, nelle sue linee

fondamentali, al principio dello scambio, a fungere da diritto comune.

Va sottolineata, in primo luogo, la novità stessa del problema, e ciò indipendentemente dalla soluzione che al medesimo si vorrà dare. Inquadrato nei termini suoi propri, esso porta alla luce un'alternativa del tutto inedita tra due modi di essere della nullità – quella codicistica e quella di protezione – che già di per sé rappresenta una sfida alla pretesa egemonica della regola (e del concetto) di conio classico. Naturalmente, non è la prima volta che all'interprete capita di trovarsi al cospetto di uno scarto rispetto al paradigma scultoreo disegnato dagli artt. 1418-1424 c.c.: basti pensare alle nullità matrimoniali di cui agli artt. 117 ss. c.c. e alla resistenza da esse opposta ad ogni manovra ermeneutica intesa a ingabbiarle entro il rassicurante schema bipolare del Libro IV³⁷. Tuttavia, questo precedente si discosta dal caso di cui ci stiamo occupando sotto un duplice profilo.

In primo luogo perché, trattandosi del matrimonio, il trauma sistematico da inapplicabilità (o, quanto meno, da impossibilità di applicare *de plano*) delle regole di cui agli artt. 1418 ss. c.c., già annunciato dalla chiara lettera dell'art. 1324 c.c., aveva come suo epicentro la nobile, ma evanescente, categoria del negozio giuridico. In secondo luogo perché, comunque, la disciplina delle invalidità matrimoniali, lungi dal rappresentare un blocco omogeneo e coerente, appare al suo interno oltremodo articolata, così da escludere in radice una sua candidatura al

³⁷ Sul punto mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Le invalidità da impedimento*, in L. Nivarra, G. Palmeri, *Il matrimonio civile. L'invalidità*, Torino, 1999, 3 ss.

ruolo di modello, se non alternativo (in ragione della radicale diversità della fattispecie), quanto meno equiordinato a quello delle invalidità contrattuali.

Ben altrimenti insidioso, nell'ottica della tenuta del sistema, si presenta il caso delle nullità di protezione del "diritto dei mercati"³⁸. Intanto, qui, siamo in presenza di contratti, ossia di figure giuridiche alle quali, naturalmente, dovrebbe potersi applicare la disciplina di parte generale. Poi, è vero che il rimedio in discorso non può competere, in punto di completezza e organicità, con la nullità di diritto comune: ma è altresì vero che è possibile rintracciare una costante, una sorta di zoccolo duro della nullità di protezione mercantile, rappresentata dal suo essere attivabile dal solo consumatore/cliente (artt. 36, comma 3° e 134, comma 1° cod. cons.; art. 117, comma 2° T.U.B.; art. 23, comma 3° T.U.F.). Come è noto, nelle prime due ipotesi, ricorre anche la complementare previsione della officiosa rilevabilità del vizio: ciò che, per in-

³⁸ Mutuo l'espressione da A. Plaia, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, 1191. Il quale, opportunamente, distingue, appunto, le nullità di protezione a tutela del mercato e della concorrenza dalle nullità di protezione a tutela del lavoratore subordinato. Nella prima ipotesi, la debolezza del contraente protetto traduce una disfunzione del dispositivo concorrenziale e si riannoda ad un disegno titanico di prevenzione/eliminazione molecolare dei fallimenti del mercato; nella seconda, la debolezza è del lavoratore in quanto persona e si ricollega ad un'istanza di diritto diseguale in funzione del riequilibrio di posizioni originariamente squilibrate. Questo spiega, a mio avviso, la ragione per la quale la nullità di protezione lavoristica, tipico esempio di intervento correttivo da capitalismo.2 si lasci inquadrare entro lo schema della specialità (così, con grande nettezza, sempre A. Plaia, *op. cit.*, 1191-1193), mentre la nullità di protezione mercantile sfugga ad un tale inquadramento: ma sul punto v. *infra*, nel testo.

ciso, vale ad aprire un'ulteriore crepa nel sistema codicistico delle nullità, perché, ad es., la possibilità, ormai asseverata *per tabulas*, che officiosità e relatività coesistano, solleva un interrogativo circa il regime, in punto di legittimazione attiva, della nullità di cui all'art., comma 3° d.lgs. n. 231/2002³⁹.

Dunque, una fattispecie (il contratto che, talora, ma non per forza, si arricchisce di un qualche tratto caratterizzante, anche se, soltanto nel caso della vendita dei beni di consumo, e dei negozi ad essa equiparate, siamo in presenza di una figura esattamente individuata dal legislatore); una regola (la legittimazione ad agire riservata ad una sola parte); una *ratio* (la tutela del dispositivo concorrenziale attraverso la tutela del contraente debole). E una lacuna: normativa, non assiologica, perché il silenzio che circonda la nullità dell'art. 9, comma 3° l. n. 192/1998 interroga l'interprete non sulla bontà della soluzione adottata dal legislatore, ma, direttamente, su ciò che il legislatore ha voluto. A fronte di questo stato di cose, le strade percorribili sono, almeno, due: quella della riconduzione del caso perplesso alla previsione dell'art. 1421 c.c., di talché la nullità del patto verrà rivestita dei panni dell'assolutezza e della rilevabilità d'ufficio; ovvero quella della valorizzazione della debolezza (economica) dell'abusato quale elemento di continuità, vera e propria *eadem ratio*, con la debolezza del consumatore finale, di talché la nullità del patto sarà assoggettata, in punto di legittimazione attiva, alla regola di relatività.

³⁹ Al riguardo v. le interessanti osservazioni di M.V. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 104. ss.

Il punto, però, non sta tanto (o in primo luogo) nella soluzione che, in concreto, vorrà accogliersi quanto, piuttosto, nella strategia argomentativa attingibile dall'interprete e, dunque, in ultima analisi, nel modo in cui si costruisce il rapporto tra le norme in astratto applicabili. Perché è vero che, come si è appena detto, gli approdi possibili sono due, ossia il disposto dell'art. 1421 c.c. o, in alternativa, quello, per semplificare, dell'art. 36, comma 3° cod. cons.: ma è vero, altresì, che vi è una sostanziale differenza, dal punto di vista dell'equilibrio generale, e della fisionomia, del sistema se il ricorso alla prima delle due norme testé richiamate avviene, come si usa dire oggi, di *default*⁴⁰, oppure sulla base di un'argomentazione intesa a comprovare l'*eadem ratio*. È chiaro, infatti, che, in un caso, si riproporrà il modello diritto comune-diritto speciale (o diritto primo-diritto secondo); nell'altro caso, viceversa, la regola ubicata in seno allo *Allgemeiner Teil* sarà tale soltanto in senso puramente topografico, non godendo più, per il resto, della rendita di posizione garantita, appunto, dall'essere espressione delle *rationes* generali del sistema.

Quello che voglio dire è che, se l'interprete deve sopportare l'*onus argomentandi*, ovvero addurre ragioni a sostegno della tesi che vuole applicabile al caso di specie la regola della legittimazione attiva allargata, già solo questo, di per sé, è un chiaro indice del declassamento di quella regola, nel senso che essa finirà per rassomigliare molto più ad una norma di parte speciale che non ad una norma di parte generale. Ciò significa, in altri ter-

⁴⁰ Così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 25.

mini, che la previsione in esame sarà assoggettata al trattamento di cui all'art. 12, comma 2° Preleggi, (*analogia iuris*), con ciò, appunto, determinandosi il suo passaggio al rango (inferiore) di disposizione che regola "casi simili o materie analoghe". È evidente, però, che non è questo il modo in cui operano le norme di diritto comune, o di parte generale, le quali, se veramente tali, sperimentano un'applicazione diretta, non mediata da alcuna procedura argomentativa, neppure nella forma meno impegnativa della pura e semplice *extensio*, per non parlare, poi, dell'analogia. Anzi, la piena operatività di una disciplina "prima" dovrebbe inibire l'accertamento della lacuna⁴¹, non potendosi, per definizione, dare una lacuna là dove si tratti semplicemente di agganciare la fattispecie (solo apparentemente vuota) alla regola comune.

Infatti, il diritto comune, nella sua configurazione più elementare ma anche più lineare, incarna una pura e semplice tecnica redazionale ispirata ad un canone di economia legislativa, in base alla quale la fattispecie speciale, cioè caratterizzata da un *quid pluris* rispetto alla fattispecie generale (ad es., il contratto di transazione rispetto al contratto in generale) viene assoggettata alla medesima disciplina dettata con riguardo a quest'ultima, (ad es., il regime dei vizi del consenso), a meno che non

⁴¹ E, difatti, del tutto coerentemente C. Castronovo, *op. loc. ult. cit.*, osserva che "il ricorso a regole di un altro diritto secondo deve essere mediato da un lato dalla verifica di inadeguatezza della disciplina di diritto generale dall'altro da una giustificazione sistematica che consenta di apprezzare la mancanza di una regola analoga a quella di un altro diritto secondo come lacuna in senso proprio, un ammanco di disciplina che il legislatore avrebbe evitato se avesse contemplato l'ipotesi che si tratta di regolare".

si voglia introdurre una regola che riproduca, sul versante della disciplina, appunto, la specialità della fattispecie (ad es., la non annullabilità della transazione per errore di diritto). Date queste premesse, è evidente che, per converso, lo statuto logico della norma, sino ad allora, di diritto comune risulterà profondamente modificato tutte le volte in cui l' applicazione di tale norma debba passare attraverso le forche caudine di un "torneo" argomentativo che la vede in lizza contro la norma, sino ad allora, di diritto secondo: anzi, lo stesso uso delle due locuzioni (diritto comune/diritto speciale) finirà, in un simile contesto, per rivestire un valore puramente stipulativo⁴².

⁴² In altri termini, nello scenario evocato nel testo la disposizione (stipulativamente) di diritto comune va incontro, nella sostanza, al medesimo trattamento che Castronovo (v. nt. precedente) vorrebbe riservato alla norma di diritto secondo: ciò che, almeno a mio avviso, ne segna la irreversibile mutazione logico-sistematica. Mi pare che nell'ordine di idee adombrato nel testo si muova anche M. Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 270-271 là dove, in particolare, osserva che «le norme speciali possono vedersi attribuito, poi, sulla base di criteri di razionalità assiologica, un ruolo espansivo, tale da ridurre la norma generale ad un ruolo residuale, come possono invece essere relegate al ruolo di eccezioni di stretta interpretazione. Il risultato è frutto di giudizi di valore, che l'interprete avrebbe sempre l'onere di chiarire ed esplicitare, nell'esprimere qualificazioni di tal genere». Vorrei soltanto aggiungere che una norma speciale espansiva è tale perché non incontra più un limite nella *ratio* espressa dalla norma di diritto comune, con la conseguenza che, a quel punto, continuare a parlare di quest'ultima come, appunto, di una norma di diritto comune rivestirà, come si è già osservato nel testo, un significato soltanto stipulativo. Inoltre, vorrei notare che il processo descritto da Libertini collocandosi dal punto di vista della norma di diritto speciale non è, in definitiva, diverso da quello di cui parlo nel testo, a proposito della contesa argomentativa cui deve, sempre più spesso, sot-

Il fenomeno di cui stiamo discorrendo è molto diverso da quello che si traduceva nella sottrazione al diritto primo di ambiti più o meno estesi di competenza assegnati, viceversa, a "microsistemi" tendenzialmente autosufficienti. La decodificazione, infatti, metteva in discussione lo *Allgemeiner Teil* dal punto di vista quantitativo, accentuandone il tratto di residualità: ma non ne insidiava i compiti da esso tradizionalmente svolti, sia nella sua veste di giacimento di regole cui attingere, all'occorrenza, per integrare discipline speciali incomplete, sia nella sua veste di dispensatore di *rationes* alle quali rivolgersi per il caso di vaghezza ed ambiguità dell'enunciato normativo bisognoso di essere trasformato in regola.

Viceversa, nel caso in esame, il *vulnus* è evidentemente di tipo qualitativo, nel senso che ad essere insidiato è proprio il ruolo che la moderna storia giuridica aveva assegnato al diritto comune, di irraggiatore di regole e principi: e la ragione di ciò deve rinvenirsi nel processo descritto per sommi capi nei paragrafi precedenti e culminato nel progressivo affiancarsi e, poi, sostituirsi, della concorrenza allo scambio come principio ispiratore della regolazione dell'autonomia privata.

Tornando, rapidamente, alla questione di merito, mi limiterei a osservare che l'evidente vicinanza della *ratio*

toporsi oggi la pretesa norma di diritto comune per poter essere applicata al caso di specie. Insomma, in zone cruciali dell'ordinamento dei rapporti privati (ad esempio, il diritto dei contratti nella sua parte generale) si assiste ad un profondo rimescolamento di ruoli imputabile, a mio avviso, in prima battuta, alle profonde trasformazioni subite dall'economia capitalista e, in via mediata, alle conseguenti trasformazioni subite dal paradigma di mercato assunto come dominante dalla regolazione giuridica.

che ispira la nullità di protezione dell'art.36, comma 3° cod. cons. a quella che presiede alla nullità silente dell'art. 9, comma 3° l. n.192/1998, trova conferma nel modo in cui esse operano, irriducibile al modello della nullità codicistica. In entrambi i casi, infatti, il giudizio di irricevibilità dell'atto di autonomia privata trascende il profilo della astratta conformità della fattispecie concreta (il negozio posto in essere dalle parti) alla fattispecie astratta (la previsione di legge), nella misura in cui esso, in realtà, si estende alla considerazione dei suoi presupposti socio-economici (ad esempio, lo *status* di consumatore, o quello di professionista, o, ancora, quello di impresa dipendente), ovvero dei suoi effetti di contesto (ad esempio, l'alterazione delle dinamiche concorrenziali, lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto)⁴³.

⁴³ Una sintesi efficace della questione accennata, in via esemplificativa, nel testo offre V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 476. È molto sintomatico che proprio un Autore rigoroso come Scalisi scriva, a proposito della nullità europea (ossia, quella che qui è stata chiamata la nullità di protezione mercantile): «del pari deve ritenersi escluso ogni ricorso allo schema logico del rapporto regola-eccezione. Di sicuro il modello europeo di nullità non ha natura eccezionale e come tale non si sottrae all'estensione analogica. Dotata di una propria *ratio* intrinsecamente coerente con l'assetto di interessi regolato dalla norma, la nullità europea è altresì espressione di una decisione del sistema... e può contare ancora su un principio di autorità basato sulla supremazia gerarchica o – se si vuole – di competenza della norma comunitaria. È appena il caso di avvertire, però, che neppure sarebbe pensabile di degradare al rango di eccezione il modello codicistico, già per il fatto stesso che ha la sua sede in un corpo organico di norme e principi, della cui centralità o residualità si può anche discutere, non certo della sua natura di fonte di diritto generale e comune dei rapporti interprivati» (*op. cit.*, 488). Oscillazioni che sono nell'oggetto, e non in chi lo osserva, e che, anzi, l'acutezza dell'osservatore porta alla luce con particolare efficacia.

Sotto questo profilo, balza subito agli occhi come il superamento della logica della fattispecie accomuni questa tipologia di nullità a quella delle intese restrittive della concorrenza che pure implica, come si è visto⁴⁴, una valutazione degli effetti sistemici del cartello. In altri termini, nei tre casi in esame (nullità di protezione dichiarata, nullità di protezione silente e nullità *antitrust*), il giudizio di ricevibilità/irricevibilità dell'atto di autonomia privata si arricchisce di elementi ispirati all'esigenza di governare il mercato, nel senso di preservarne gli equilibri concorrenziali. Certo, la nullità delle intese soggiace ad una regola di legittimazione più ampia, per non parlare poi dei poteri attribuiti all'AGCM; e tuttavia, come pure si è già avuto modo di osservare, le distanze si stanno accorciando se è vero che un'autorità pubblica (il Ministero dello Sviluppo Economico) è chiamata oggi a farsi carico della effettività della disciplina consumeristica; se è vero, poi, che la nullità dei contratti a valle potrebbe, comunque, oggi, aprire la strada ad una tutela risarcitoria in forma collettiva *ex art. 140-bis*, comma 1° cod. cons. (si tratta del rimedio impropriamente noto come *class action*); e se è vero, infine, che l'abuso di dipendenza economica è figura di confine tra quello che ho chiamato l'*antitrust* molecolare e il più tradizionale *antitrust* sistemico.

6. Cenni al diritto europeo

Dunque, come è stato bene osservato ancora di recente «i tentativi di assegnare in via automatica un pri-

⁴⁴ V. *supra*, paragrafo 2, nt. 16 e testo corrispondente.

mato ai canoni dedotti dalla sede "alta" di una disciplina sono in via di esaurimento insieme con quell'immagine unica e riduttiva del sistema del diritto civile e del diritto delle obbligazioni le cui radici storiche hanno perso gran parte della loro forza primigenia⁴⁵. Tuttavia, se sulla diagnosi esiste, e non da oggi, una larga convergenza di vedute, molto meno chiare appaiono le prospettive di medio-lungo periodo. Per la verità, un largo consenso sembrerebbe oggi essersi consolidatosi intorno all'idea di una codificazione su scala continentale del diritto delle obbligazioni e dei contratti: idea che dovrebbe rappresentare la nuova frontiera di un rinnovato diritto comune, in grado di restituire ordine e coerenza sia alla estesa congerie delle disposizioni di fonte comunitaria, sia al discorso del giurista, finalmente affrancato dalle angustie e dalle ambiguità del diritto patrio, invero sempre meno patrio proprio a causa dei copiosissimi importi europei.

Naturalmente, sarebbe molto sciocco, di fronte a questa prospettiva, assumere un atteggiamento ispirato a un supponente scetticismo. Intanto, perché l'Unione Europea, pur con tutti i suoi vistosi limiti e le sue gravi contraddizioni, è una realtà: non necessariamente irreversibile, come il fideismo altrettanto cieco, dominante negli ultimi tre decenni, aveva preteso di far credere, ma certo dotata di una sua robusta consistenza. In secondo luogo, perché lo stesso principio di realtà impone di prendere atto dell'esistenza, già oggi, di una disciplina di fonte europea che si identifica con tutte le norme presenti in

⁴⁵ U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 397.

seno agli ordinamenti nazionali come conseguenza della ricezione del diritto comunitario derivato (un segmento molto importante dell' *acquis communautaire*). Inoltre, sia pure con qualche ambiguità, anche gli organi di governo dell'UE si muovono ormai nel senso di una definitiva razionalizzazione/armonizzazione del diritto dei contratti, considerata un passaggio ineludibile sulla strada maestra che porta alla instaurazione della cornice giuridica in assoluto più favorevole a relazioni di mercato efficienti⁴⁶.

Detto questo, e messi da canto sia scetticismi ingiustificati, sia altrettanto ingiustificati entusiasmi, rimane da vedere in cosa la vicenda, ancora *in itinere*, della codificazione del diritto europeo delle transazioni economiche, sia destinata a risolversi dal punto di vista del modello di razionalità giuridica cui può approdare il definitivo superamento della scala nazionale: quella scala

⁴⁶ Certo, a volte si può avere la sensazione che la pulsione armonizzatrice/unificatrice, per un verso, surroggi il perdurante deficit di unità politica (v., al riguardo, M.R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *ERCL*, 2006, 257 ss.) e, per altro verso, obbedisca ad un riflesso condizionato riveniente dall'epopea della prima codificazione. Detto questo, resta, qui, da aggiungere soltanto che a letteratura sul diritto europeo nelle sue varie accezioni e declinazioni, oltre ad essere ormai immensa, si accresce incessantemente. A parte il più volte citato *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I-III, Milano, 2007, si possono vedere, per un primissimo orientamento, *Diritto europeo e autonomia contrattuale* (a cura di R. Alessi), Palermo, 1999, *passim*; nonché W. Van Gerven, *Bringing (Private) Law Closer to Each Other at the European Level*, in *The Institutional Framework of European Private Law* (F. Cafaggi ed.), Oxford, 2006, 37 ss.; M. Meli, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 59 ss. Il retroterra culturale del diritto europeo è ottimamente ricostruito in M. Barberis, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

nazionale all'ombra della quale, viceversa, si era celebrato, con varietà di tempi e di accenti, in nome della borghesia trionfante, il matrimonio tra *auctoritas* e *ratio* di cui la stagione dei grandi codici e della grande *scientia iuris* era stata la progenie più illustre.

Ora, dovendo necessariamente circoscrivere il discorso ad alcune considerazioni di estrema sintesi, mi pare che i processi in atto a livello europeo rivelino la coesistenza di modelli di regolazione giuridica⁴⁷ diversi, se non divergenti, tra loro: e ciò per ragioni che non sono riducibili alla sola, oggettiva complessità tecnica dell'impresa. Infatti, il pendolo razionalizzatore ha oscillato sin qui tra due estremi: il primo, rappresentato dal progetto di una "codificazione" a compasso allargato, che ambisce a fornire una disciplina in linea di massima esaustiva dei rapporti di diritto privato patrimoniale e, per quel che attiene più specificatamente alla materia dei contratti, a dettare regole di carattere generale, sulla falsariga di un sia pure embrionale *Allgemeiner Teil*⁴⁸. Il se-

⁴⁷ Una regolazione giuridica, è bene rammentarlo, priva dell'efficacia vincolante tipica delle norme di diritto positivo. Infatti, testi come i *Principi Unidroit* o i *PECL (Principles of European Contract Law)* per i quali v. *Principi di diritto europeo dei contratti*, edizione italiana a cura di C. Castronovo, I, II, III, Milano, 2001-2005) si propongono come diritto eligitabile dai privati; testi come gli *AP (Acquis Principles)* per i quali v. *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009) sono l'equivalente comunitario dei *restatements* nordamericani e, quindi, hanno come destinatari fondamentali gli interpreti e il legislatore futuro.

⁴⁸ Questo è certamente il caso dei *PECL*, i quali, semmai, al pari del legislatore tedesco della *Modernisierung*, recepiscono e generalizzano una soluzione in origine adottata nell'ambito del diritto dei consumi: v., ad esempio, il disposto dell'art. 4.110 in ordine alla annullabilità (quindi, sia pure con qualche incertezza sul piano tecnico, una invalidità di pro-

condo estremo rappresentato, viceversa, da un meno ambizioso, almeno in apparenza, progetto di razionalizzazione del diritto comunitario dei contratti, ovvero, per intendersi, del vigente diritto delle direttive⁴⁹.

Allo stato attuale, queste due polarità sembrerebbero destinate a convergere nel "progetto di quadro comune di riferimento" (*Draft Common Frame of Reference: DCFR*) predisposto da un gruppo di studiosi su incarico della Commissione⁵⁰. Tuttavia, a parte le incongruenze e le sovrapposizioni da più parti denunciate⁵¹ e che, presumibilmente, sono da imputarsi a superabili imperfezioni di ordine tecnico, il punto davvero importante è che l'Unione Europea e, in particolare, la Commissione, è soggetta essa stessa a forti oscillazioni, ora soggiacendo al richiamo di quella che abbiamo chiamato codificazione

tezione) della clausola che, non essendo stata oggetto di trattativa individuale, provochi il consueto squilibrio, in contrasto con la buona fede e la correttezza, tra i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto

⁴⁹ E anche, come ricorda G. De Cristofaro, *Premessa*, in *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, cit. XVIII, quello delle due Convenzioni di Vienna e di Roma del 1980, rispettivamente, sulla vendita internazionale di merci e sulle obbligazioni contrattuali. È vero, poi, che, come sottolinea lo stesso De Cristofaro, il diritto comunitario dei contratti non è esaurito dalla disciplina a tutela del consumatore; ma è altresì vero che, a parte, la rilevanza che a quest'ultima compete sia sotto il profilo politico - culturale, sia sotto il profilo quantitativo, in ogni caso, ed è l'aspetto più significativo ai nostri fini, si tratta pur sempre, per lo più, di normative di settore.

⁵⁰ Per il testo del *DCFR* si veda il volume *Principles, Definitions, Model Rules of European Private Law, (DCFR). Interim Outline Edition*, München, 2008, a cura di C. v. Bar, Clive, H. Schulte-Nölke.

⁵¹ V., ad esempio, R. Schultze, *I principi acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca*, in *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, cit., 12-13.

a compasso allargata⁵², ora ripiegando sulla linea di una mera razionalizzazione del solo diritto contrattuale dei consumatori⁵³.

Anche qui è lecito prevedere che, prima o poi, si troverà un qualche accomodamento: resta il fatto, a mio avviso fondamentale, che queste oscillazioni portano alla luce la estrema difficoltà di riproporre, in presenza di un consolidato corpo di regole come quello sviluppato dalle

⁵² In questa direzione andava la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 15/3/2003, "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione", in COM (2005) 456 def. del 23/9/2005 (G.U.U.E., 2006, C 49, 27) cui si ricollega il progetto del DCFR.

⁵³ In questa direzione muove il *Libro Verde - Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* (COM(2006) 744 def.) cui ha fatto seguito la proposta dell'8/10/2008 per una direttiva quadro sui diritti contrattuali dei consumatori (COM(2008) 614 def.) la quale dovrebbe portare all'abrogazione delle principali direttive in materia, ossia quella sulla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, quella sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, quella sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e, infine, quella su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. L' irrisolto rapporto tra DCFR e *acquis* è stata stigmatizzata prima in un documento di lavoro della Commissione giuridica del Parlamento europeo del 15/4/2009 - PE423.804v01-00 («anche se il Progetto di Quadro Comune di Riferimento è stato pubblicato ad inizio 2008, la proposta della Commissione per una direttiva sui diritti dei consumatori non contiene il minimo riferimento al DCFR»); poi da un parere del CESE (in G.U.U.E., 2009, C317/54: «in considerazione delle aspettative generate dai numerosi dibattiti, lavori e studi realizzati negli ultimi venti anni e più in materia di diritto contrattuale europeo, prima del Libro Verde o contemporaneamente ad esso o nel contesto del progetto parallelo del quadro comune di riferimento, il CESE ritiene che la proposta presentata dalla Commissione sia inferiore a quanto atteso e auspicabile»). Sulla vicenda si v. le osservazioni critiche di C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 275 ss.

policy consumeristiche, il paradigma di razionalità normativa tenuto a battesimo dalla prima modernità. La ragione di tale difficoltà, non occasionale ma strutturale, è quella che ho provato a indicare nelle pagine precedenti di questo lavoro, ossia la trasformazione profonda subita dal capitalismo nel passaggio dal capitalismo dello scambio (capitalismo.1) al capitalismo della concorrenza (capitalismo.3). In particolare, l'inquieta e contraddittoria dialettica tra DCFR e *acquis* rappresenta, a mio avviso, il segno più tangibile della crisi irreversibile di un'idea forte di sistema giuridico e del correlativo, crescente anacronismo della categoria della specialità che, invece, storicamente, era stato strumento privilegiato di governo delle inevitabili tensioni che si producevano all'interno del sistema stesso.

Sul punto ritornerò brevemente nel paragrafo conclusivo. Qui mi interessa accennare ad un ulteriore profilo, che pure, a mio avviso, contribuisce a far luce sui processi in corso e sulle loro caratteristiche di fondo. Ho parlato prima di riproposizione, sulla scala europea, del paradigma di razionalità tenuto a battesimo dalla prima modernità e degli ostacoli, di varia natura, che l'esperimento sta incontrando. Adesso aggiungo che, in ogni caso, si tratta di un versione alquanto indebolita di quel paradigma, come ampiamente testimoniato dal diffuso ricorso, nell'ambito di buona parte di questi testi, a clausole generali (come la buona fede) e a concetti giuridici indeterminati (come "ragionevole", da solo, in forma perifrastica o in coppia con nozioni di eguale fattura)⁵⁴. Per

⁵⁴ Per gli APv. S. Troiano, *Clausole giuridiche e nozioni giuridiche inde-*

chi viene da un'esperienza come quella italiana, a lungo tetragona ad un uso consapevole delle clausole generali, nonostante le indubbie aperture operate al riguardo dal codice del '42, tutto questo potrebbe rivestire un sapore vagamente liberatorio. Si tratterebbe, però, di un puro e semplice riflesso condizionato: in primo luogo perché anche da noi le corti hanno da tempo preso confidenza con norme a struttura in varia misura aperta e, anzi, come anche talune recenti sortite della Cassazione in materia di abuso del diritto testimoniano⁵⁵, una confidenza forse eccessiva.

In secondo luogo, perché, a parte l'indubbio provincialismo di una reazione di questo tipo, è evidente che, qui, non si tratta di approvare o di disapprovare quanto, piuttosto, di comprendere il perché dell'abbondante impiego di una tecnica normativa così fortemente caratterizzata nel senso della marcata valorizzazione del ruolo della discrezionalità del giudice⁵⁶. A mio avviso, il

terminate nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti, in I "principi" del diritto comunitario dei contratti, cit., 189 ss. Per i PECL, nei quali, comunque, il ricorso a nozioni giuridiche indeterminate è alquanto diffuso, basterà ricordare che l'art.1.102, comma 1° solennemente individua nella buona fede e nella correttezza uno dei limiti, insieme con le norme imperative contebute nel testo, dell'autonomia privata: mentre alla ragionevolezza è consacrato l'intero art. 1.302. In argomento si v., nel quadro di una letteratura anche qui ormai sterminata, C. Castronovo, Un contratto per l'Europa, in Principi di diritto europeo dei contratti, cit., I, spec. XXX ss.; M. Barcellona, La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutele, cit., 305 ss.

⁵⁵ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro.it.*, 2010, I, 85 ss. (con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi).

⁵⁶ E, dunque, secondo una direzione esattamente opposta, come si è visto (Cap. I, paragrafo 1) a quella nella quale era andata almeno nelle sue premesse ideologiche, la codificazione napoleonica.

fenomeno in discorso rappresenta, in un certo senso, l'altra faccia dell'abbondante (ma non per ciò solo analitica) regolamentazione giuridica di cui, come si è visto, l'economia è stata oggetto proprio negli anni della *revanche* neoliberista: ossia di quella che, si ricorderà, Foucault chiama «governa mentalità attiva», imposta dalla sempre risorgente necessità di costruire modelli normativi in grado di afferrare un oggetto – il mercato concorrenziale – i cui equilibri, proprio a causa dei suoi interni dinamismi, si modificano continuamente.

Da questo punto di vista, il profilo di giudice che il nascente diritto europeo dei contratti rimanda allo sguardo dell'osservatore è quello di un soggetto attivamente coinvolto nell'attuazione delle *policy* di volta in volta considerate più idonee a promuovere, se non a raggiungere, stante il suo carattere di ideale puramente regolativo, la concorrenza perfetta: attività nella quale egli viene impegnato, insieme, ad esempio, con le autorità amministrative indipendenti dalle quali si distingue più per il modo di procedere e per i poteri utilizzati che non per gli obiettivi perseguiti. Mi pare, cioè, di poter dire che, per il contesto nel quale si inserisce, la sempre più ampia discrezionalità attribuita agli organi della giurisdizione è indice della metamorfosi che questi ultimi subiscono, trasformandosi da semplici solutori di controversie in vere e proprie agenzie regolative dei processi di mercato, in conformità ad un modello già preannunciato, nel capitalismo.2, dalla prassi delle corti superiori e che oggi, viceversa, sperimenta una vistosa e, ancora una volta, non occasionale, generalizzazione⁵⁷.

⁵⁷ Il rilievo, tanto triviale quanto diffuso, in ordine alla crescente

7. Conclusioni

«Nella produzione sociale della loro esistenza, gli uomini entrano in rapporti determinati, necessari, indipendenti dalla loro volontà, in rapporti di produzione che corrispondono a un determinato grado di sviluppo delle loro forze produttive materiali. L'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate della coscienza sociale. Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita. Non è la coscienza degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale che determina la loro coscienza. A un dato punto del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale. Con il cambiamento della base economica si sconvolge

politizzazione della magistratura, ovviamente purgato di ogni riferimento alla triste realtà italiana, contiene un frammento di verità nella misura in cui coglie il carattere strutturale che la decisione giudiziaria assume, almeno in certi ambiti, provvedendo a ridefinire, volta per volta, tanto le gerarchie interne al sottosistema giuridico (la cosiddetta *Rangordnung*), quanto le regole di funzionamento del mercato. In argomento v., per alcune brevi considerazioni, L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, 382-386.

più o meno rapidamente tutta la gigantesca sovrastruttura. Quando si studiano simili sconvolgimenti, è indispensabile distinguere sempre fra lo sconvolgimento materiale delle condizioni economiche della produzione, che può essere constatato con la precisione delle scienze naturali, e le forme giuridiche, politiche, religiose, artistiche o filosofiche, ossia le forme ideologiche che permettono agli uomini di concepire questo conflitto e di combatterlo. Come non si può giudicare un uomo dall'idea che egli ha di se stesso, così non si può giudicare una simile epoca di sconvolgimento dalla coscienza che essa ha di se stessa; occorre invece spiegare questa coscienza con le contraddizioni della vita materiale, con il conflitto esistente fra le forze produttive della società e i rapporti di produzione. Una formazione sociale non perisce finché non si siano sviluppate tutte le forze produttive a cui può dare corso; nuovi e superiori rapporti di produzione non subentrano mai, prima che siano maturate in seno alla vecchia società le condizioni materiali della loro esistenza. Ecco perché l'umanità non si propone se non quei problemi che può risolvere, perché, a considerare le cose dappresso, si trova sempre che il problema sorge solo quando le condizioni materiali della sua soluzione esistono già o almeno sono in formazione. A grandi linee, i modi di produzione asiatico, antico, feudale e borghese moderno possono essere designati come epoche che marciano il progresso della formazione economica della società. I rapporti di produzione borghese sono l'ultima forma antagonista del processo di produzione sociale; antagonista non nel senso di un antagonismo individuale, ma di un antagonismo che sorga dalle condizioni di vita sociali degli individui. Ma le forze pro-

duttive che si sviluppano nel seno della società borghese creano in pari tempo le condizioni materiali per la soluzione di questo antagonismo. Con questa formazione sociale si chiude dunque la preistoria della società umana»⁵⁸.

Il «modo di produzione borghese moderno» di cui parla Marx coincide, grosso modo, con quello che io ho chiamato capitalismo.1. Certo, per Marx i due termini sostanzialmente coincidevano anche se, per altro verso, nella sua opera sono ben presenti i segni della consapevolezza di un tracciato storico del modo di produzione capitalistico che avrebbe portato quest'ultimo, attraverso varie fasi, a stendere le sue maglie sull'intero pianeta. Meno facile sarebbe risultato per il grande pensatore tedesco immaginare la parallela evoluzione della sovrastruttura giuridica del capitalismo, ferma restando, beninteso, la conservazione del diritto di proprietà sui mezzi di produzione, in difetto del quale è lo stesso ordine capitalistico a venir meno⁵⁹.

Come si è visto nelle pagine precedenti, infatti, l'economia politica borghese ha assunto, nel corso del tempo, forme sempre più complesse e, quindi, sempre più bisognose di un sostegno da parte del diritto: con la conseguenza, del tutto ovvia, che anche quest'ultimo è andato incontro a trasformazioni tanto profonde da renderne in larga misura irriconoscibile la fisionomia origi-

⁵⁸ K. Marx, *Per la critica dell'economia politica*, Roma, 1974, 6. Si tratta della celebre *Introduzione* redatta nel 1857 e non pubblicata nell'edizione del 1859 ma solo successivamente, nel 1903, da Kautsky.

⁵⁹ V., da ultimo, con chiarezza pari alla concisione, M. Salvati, *Capitalismo, mercato, democrazia*, cit., 24.

nale, scolpita in pagine memorabili da Max Weber⁶⁰. In particolare, in quella che, nonostante la crisi finanziaria scoppiata nel 2008, può essere considerata, ancora oggi, la fase capitalistica in atto (il capitalismo.3), la controfensiva liberista, sviluppatasi, con intensità crescente, dall'inizio degli anni '70, ha messo capo, almeno in Europa, ad un'intensa regolazione delle relazioni di mercato che ha finito per investire, attraverso il medio della tutela del contraente debole (consumatore o impresa), anche segmenti fondamentali della disciplina del contratto.

Questo nuovo corso dei rapporti tra legge e autonomia privata, dominato dall'esigenza di promuovere, su scala molecolare, oltre che su scala sistemica (come tradizionalmente accadeva con il diritto *antitrust*), la concorrenza, ormai assunta a paradigma del mercato in luogo dello scambio, provoca una scomposizione degli equilibri originali sui quali si fondava l'ordinamento privatistico, rendendo oltre modo problematico l'uso di categorie come quelle di diritto comune e di diritto speciale: categorie attraverso le quali era stato possibile, sino a tutto il capitalismo.2, governare, sia pure con crescente difficoltà, il *surplus* regolatorio imposto dalle trasformazioni dell'economia.

In sostanza, la sovrastruttura giuridica che aveva accompagnato e, in una certa misura, sancito l'avvento del «modo di produzione borghese moderno», imperniata sul binomio codice civile-*scientia iuris*, subisce, proprio a

⁶⁰ M. Weber, *Economia e società*, II, Milano, 1974, 174 ss. Un efficace riepilogo delle trasformazioni subite dal diritto protoborghese descritto da Weber offre, da ultimo, P. Rossi, *Premessa*, in *Fine del diritto* (a cura di P. Rossi), Bologna, 2009, 7-9.

partire dal cuore del sistema (le regole dell'autonomia contrattuale) un processo di specificazione e differenziazione della disciplina del contratto la quale, ora, letteralmente, si trova a dover inseguire il punto di equilibrio ogni volta più prossimo al modello della concorrenza perfetta. Da qui una crescita vertiginosa delle tendenze cariocinetiche già da tempo immanenti al sistema giuridico, e, anzi, la perdita o, comunque, il severo impallidimento, di un vero e proprio "centro" del sistema stesso, sul metro del quale misurare la sostenibilità logico-formale delle operazioni poste in essere dall'interprete. Da qui, ancora, il prendere piede di forme di razionalità sostanziale, ovvero di modalità di ragionamento giuridico (ma anche di confezionamento delle norme) caratterizzate da un diffuso ricorso, a principi, clausole generali o concetti indeterminati che rappresentano, nelle mani dei giuristi e degli operatori del diritto, il nuovo, ma assai meno solido, tessuto connettivo di un discorso giuridico che, privato dei suoi "dogmi", prova così a tenere in contatto universi regolatori retti da proprie autonome *rationes*, dotate tutte di pari dignità, perché tutte convergenti (anche se non sempre coerenti fra di loro) verso l'unico obiettivo della promozione della libertà di iniziativa economica, dello sviluppo della concorrenza e dell'incentivo all'innovazione tecnologica.

Il diritto del capitalismo.³ è, dunque, molto diverso da quello del capitalismo.¹, pur nella perduranza della medesima formazione economica. Per i giuristi si tratta, semplicemente, di prenderne atto e di archiviare per sempre forme e categorie di pensiero che traevano la propria legittimità dal loro essere parti integranti di un ordine ormai dissolto. Per tutti gli altri, giuristi e non giu-

risti, solo semplici cittadini ancora attaccati all'idea di un uso critico della ragione, si tratta, invece, di chiedersi se un'alternativa sia ancora possibile o se, davvero, la storia interna del capitalismo coincida, ormai, con la storia della specie e, quindi, con l'umanità stessa.