
Diritto civile

Norme, questioni, concetti

I.

Parte generale - Le obbligazioni - Il contratto
I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni

a cura di

Giuseppe Amadio e Francesco Macario

coordinato da

Luigi Balestra, Gregorio Gitti, Emanuela Navarretta, Mauro Orlandi,
Claudio Scognamiglio, Chiara Tenella Sillani, Gianroberto Villa

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività della
Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

il Mulino

Presentazione	p. 23
Contributori	27
Abbreviazioni	29

PARTE PRIMA: PARTE GENERALE

1. Il diritto civile, le sue fonti e l'interpretazione della norma	35
--------------------------------------------------------------------	----

SEZIONE I. Il diritto civile, la codificazione e le questioni metodologiche	35
-----------------------------------------------------------------------------	----

1. Il concetto di «diritto civile» e i tentativi definitivi	35
2. La distinzione con il diritto commerciale e l'unificazione dei codici	38
3. La nuova stagione del diritto civile nella rilettura del codice in chiave costituzionale	40
4. La «decodificazione» e la controversa centralità del codice	42
5. Al di là del diritto civile tradizionale e dei codici nazionali: regole, metodi e categorie in ambito europeo	46

SEZIONE II. Le fonti del diritto civile	50
-----------------------------------------	----

1. Il problema delle fonti nel diritto civile	50
2. I legislatori e le fonti formali: la Costituzione e le leggi costituzionali	53
2.1. Gli atti normativi dell'Unione Europea	58
2.2. Le leggi e gli atti aventi forza di legge	63
2.3. I regolamenti	66
3. La prassi e le fonti non formalizzate: le consuetudini e gli usi. Nozione ed elementi costitutivi	68

ISBN 978-88-15-24570-0

Copyright © 2014 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

Court of Justice (Patents Court) 5 settembre 2008 n. HC 07 C 00437; High Court of Justice (Queen's Bench Division) 1° febbraio 2013 n. HQ11X00722), ma anche dei giudici (supremi) italiani (ad es., Corte cost. 469/2002; Cass. 12831/2005), si rilevano precisi riferimenti agli articoli dei progetti di uniformazione del diritto contrattuale (più frequentemente ai PECL ma anche al *Code européen des contrats*) elaborati dai gruppi accademici sopra menzionati. Queste citazioni e questi rinvii posti in essere dai giudici nel provvedimento emanato per supportare una certa interpretazione del proprio diritto nazionale, evidenziano l'utilità attuale dei suddetti progetti di derivazione accademica ai fini dell'applicazione stessa del diritto nazionale vigente. Più in generale può dirsi che la c.d. *soft law* di ambito contrattuale uniforme rappresenta un valido ausilio interpretativo per dipanare la complessa matassa creata dagli interventi normativi «armonizzanti» di provenienza comunitaria all'interno degli ordinamenti nazionali, con specifico riguardo all'area del diritto contrattuale.

SEZIONE III. Contratto e mercato

1. Contratto e mercato come assi portanti della modernità. - 2. Contratto, efficienza allocativa e produzione di ricchezza. - 3. Economia di mercato e affermazione del contratto. - 4. Le condizioni di efficienza allocativa del contratto. - 5. Crisi del diritto e tentativi di prevaricazione del mercato. - 6. Regole *antitrust* e invalidità del contratto. - 7. In particolare: le ricadute sui contratti a valle della nullità delle intese e l'invalidità delle clausole in cui si sostanzia l'abuso di posizione dominante.

■ 1. I termini «contratto» e «mercato» individuano situazioni, circostanze e dinamiche che siamo abituati a pensare come inevitabilmente connaturate all'esperienza umana o, quantomeno, all'esperienza sviluppata dall'uomo che vive in relazione con i suoi simili. In altre parole, immersi come siamo nel contesto culturale oggi largamente dominante, difficilmente consideriamo che possano esistere (o essere esistite) comunità umane in cui l'uomo non soddisfa i propri bisogni attraverso contratti conclusi in un qualche tipo di mercato. Senonché, per comprendere correttamente il rapporto – strettissimo e inevitabile – tra il contratto e il mercato bisogna partire da un assunto diverso: mentre il mercato è qualcosa che nasce spontaneamente in natura quando gli individui sono liberi di scambiare tra loro beni o promesse, il contratto è un istituto, o se si preferisce un'istituzione, e comunque un congegno tecnico (così come tutti gli istituti giuridici), creato dall'uomo, in un dato momento storico e in un certo contesto, per far fronte a determinati problemi, o meglio per realizzare determinate esigenze.

In estrema sintesi, può dirsi che il **contratto** costituisce l'istituzionalizzazione dello scambio (cioè il modo in cui l'ordinamento giuridico riconosce rilevanza al fenomeno), inteso come atto materiale posto in essere in natura tra consociati interessati a realizzare tra loro una operazione con risvolti economici avente particolari caratteristiche (che possono variare da ordinamento a ordinamento visto che la nozione di «contratto» non è uguale a ogni latitudine). L'istituzionalizzazione, nel senso in cui qui la si intende, è il risultato dell'intervento dell'ordinamento giuridico, e dipende sia nell'*an* che nel *quo modo* da decisioni di politica del diritto assunte in funzione di esigenze economiche, finanziarie, morali e quant'altro. Il **mercato**, invece, è il luogo, anche non fisico, in cui si realizzano tali scambi, e cioè dove si incontrano quanti sono disposti a cedere ad altri certi beni o, più in generale, una certa utilità, per assicurarsi una diversa utilità con cui soddisfare un proprio bisogno.

Sebbene in qualsiasi comunità umana si osservino scambi di natura economica tra i consociati, senza dubbio esistono attualmente (si pensi al caso di tribù poco evolute, dove i rapporti sono ancora regolati su base ancestrale) – e sono esistite nei secoli passati – comunità umane che non conoscono l'istituto giuridico del contratto, almeno nel senso in cui lo si intende oggi comunemente negli ordinamenti progrediti. Del resto, anche nel diritto romano, e ancora nel diritto operante nell'Europa continentale sino a tutto il Medioevo, la nozione di «contratto» era diversa da quella attualmente recepita dal nostro codice civile, e il ruolo assegnato all'istituto dall'ordinamento giuridico, così come quello effettivamente svolto dal contratto nella prassi sociale, era molto meno rilevante di quanto non sia oggi. Le dimensioni, le dinamiche e le caratteristiche del

dato mercato dipendono dalle condizioni economiche e sociali in cui esso si svolge. In un sistema economico povero e statico – in cui scarseggiano le materie prime, i processi di produzione non sono efficienti, i beni offerti sono poco numerosi e di scarsa qualità, mancano i mezzi di trasporto per portare i beni dove possono essere apprezzati al meglio, i potenziali compratori sono poco inclini ad accettare sacrifici importanti pur di acquistare nuovi beni o comunque sono diffidenti e mal disposti rispetto agli scambi – chiaramente il mercato sarà piuttosto asfittico. Viceversa, in presenza di condizioni contrarie, e dunque in un'economia dinamica, il mercato si rivelerà (a prescindere dai cicli economici e dalle crisi che possono periodicamente colpire, per svariate ragioni anche economiche dinamiche) più vivace. Può, per tanto, affermarsi che una qualche, primordiale, forma di mercato si aveva anche nelle prime comunità umane dove il baratto era l'unico modo in cui si realizzavano gli scambi tra i consociati. Mentre, senz'altro, deve sin d'ora essere sottolineato che, per le ragioni accennate nel prosieguo del capitolo, il mercato inteso in senso moderno vedrà i suoi albori solo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, per poi consolidarsi e ampliarsi nel corso del XX secolo. Processo quest'ultimo nel quale, per la consapevolezza che gli economisti andavano in quel periodo acquisendo circa l'importanza sociale dello scambio, un ruolo decisivo, come si osserverà più avanti, gioca proprio il contratto. E infatti, benché il mercato, come detto, costituisca un fenomeno spontaneo, le scelte del legislatore sono in grado di incidere molto significativamente sui modi in cui i rapporti (*lato sensu*) commerciali si svolgono, e dunque sulle caratteristiche dello stesso. Basta, in proposito, pensare a quanto sia i volumi che la qualità degli scambi possono risentire, ad esempio, del fatto che l'autonomia privata sia particolarmente sacrificata, così come accade quando l'ordinamento giuridico non consente agli individui di esprimere liberamente le proprie scelte negoziali e di pianificare e realizzare le proprie operazioni economiche secondo le loro preferenze e i loro bisogni individuali. Analoghi effetti negativi sul mercato potrà avere, altresì, un'eccessiva fiducia nell'autonomia privata, con rinuncia da parte dell'ordinamento a evitare che questa si traduca nell'abuso da parte degli operatori economici a danno dei contraenti più deboli, meno informati, meno razionali [SCAGLIONE 2010, 74 ss.; PARDOLESI 2011]. Il buon funzionamento del mercato può comportare importanti vantaggi perché, come detto, consente ai consociati di soddisfare propri bisogni, e realizzare così propri interessi che altrimenti potrebbero restare frustrati. Dunque, il buon funzionamento del mercato incide sul benessere dell'intera comunità che vi ha accesso. Perché il mercato sia in grado di funzionare efficacemente, però, da un lato occorre che le dinamiche economiche di scambio siano incoraggiate e facilitate, dall'altro necessita evitare che gli istinti predatori di chi opera nel mondo degli affari finiscano per ridurre o annientare la concorrenza, ovvero sortiscano come effetto una contrazione della domanda. Tra queste due opposte esigenze necessita trovare il giusto equilibrio [GUZZI 1999; PARDOLESI 2006].

Gli economisti, ragionando più in generale, disquisiscono di **equilibrio del mercato**, evidenziando che solo un sistema economico in equilibrio dinamico può, nel lungo periodo, soddisfare efficacemente i bisogni dei consociati. Gli ordinamenti giuridici progrediti, pur consapevoli che tale equilibrio non dipende solo da fattori giuridici, ma anche da fattori materiali (ad es., legati alla disponibilità delle materie prime in natura e alla possibilità di utilizzare determinate tecnologie nei processi produttivi e distributivi), dal XIX secolo in avanti si sono fatti carico (chi più, chi meno) di contribuire a realizzare le condizioni più adatte al buon operare del mercato. In una prima fase, i legislatori europei, e tra questi quello italiano, hanno ritenuto di dover incidere sulle dinamiche di mercato principalmente, se non esclusivamente, attraverso le **regole di natura privatistica** dedicate al contratto.

Sono le regole che consentono di assegnare rilevanza giuridica, nei termini e nei limiti che l'ordinamento ritiene più opportuni, allo scambio con valenza economica, in tal modo conformandolo al fine di indirizzarlo perché produca utilità, piuttosto che non. E infatti, lo scambio consegnato da due o più consociati, se non realizzato in presenza di determinate condizioni e se non presidiato da regole giuridiche efficienti, può produrre effetti negativi per il mercato e, in definitiva,

per la comunità. A tali conclusioni è pervenuta la scienza economica, e poi quella giuridica, a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, e cioè a partire dal momento in cui, in Europa, si è liberalizzato, prima sul piano filosofico e poi su quello delle scienze sociali, l'interesse individuale come motivo propulsore delle azioni umane e si è cominciato, per un verso a tutelare pienamente la proprietà privata, per altro verso a cogliere la capacità che lo scambio – e dunque il «mercato» inteso come «aggregazione di scambi» – ha di produrre ricchezza. Nello stesso periodo le prime industrie hanno cominciato a realizzare beni in quantità rilevante e le compravendite di beni sono aumentate così tanto da evidenziare un profondo mutamento nella prassi dei rapporti sociali e nella nascita di un'economia dinamica. Da quel momento, l'importanza dei concetti di «contratto» e di «mercato» è cresciuta continuamente, tanto che oggi un cittadino italiano medio conclude ogni giorno decine di contratti e che il mercato – o, se si preferisce, la dimensione economica – ha occupato ogni aspetto dell'esistenza dell'uomo, non solo occidentale. Il che consente di affermare, senza timore di retorica, della postmodernità, il cui modo di essere, sia sul piano della modernità (o, secondo alcuni, della postmodernità), il cui modo di essere, sia sul piano giuridico che nella prassi dei rapporti tra i consociati, incide inevitabilmente sulla quotidianità di ogni individuo oltre che sugli equilibri di forza tra i diversi sistemi economici. Si è detto autorevolmente, in proposito, che si tratta di «postmodernità per alcuni, e più precisamente per la maggior parte degli analisti. Non siamo nell'età dei Lumi, ma essenzialmente continuiamo a essere immersi nello stesso universo di senso. Il sistema capitalistico è sempre lì ben solido. Il mondo moderno che, a quanto Marx diceva, si stava annunciando con una immensa accumulazione di merci, è presente più che mai, con i suoi corollari di mercato e moneta. Occupa di fatto l'intero pianeta. La lotta di classe è finita ed è il capitale ad averla vinta. [...] Viviamo l'acme della omnimerificazione del mondo. L'economia non solo si è emancipata dalla politica e dalla morale, ma le ha letteralmente fagocitate. Occupa la totalità dello spazio. E lo stesso vale per la sfera della rappresentazione. Un pensiero unico monopolizza lo spazio della creatività e colonizza le menti. La razionalità trionfa dappertutto e il calcolo costi-benefici si insinua negli angoli più reconditi dell'immaginario, mentre i rapporti mercantili si impadroniscono della vita privata» [LATOUCHE 2005; trad. it. 2010, 131-132].

A partire dalla seconda metà del XIX secolo negli Stati Uniti, e dalla seconda metà del XX secolo in Europa, i legislatori, consapevoli di quanto appena sottolineato, hanno cominciato a dedicare al mercato anche **regole di natura pubblicistica**, rivolte non a disciplinare il singolo scambio, ma a dettare principi direttamente in grado di salvaguardare la concorrenza tra le imprese, ritenuta quest'ultima un valore irrinunciabile per un sistema economico che voglia, nel lungo periodo, produrre benessere per i consociati. La vicenda storica e concettuale di cui si sono qui appena tracciate le linee essenziali può essere sinteticamente spiegata nei termini che seguono.

■ 2. All'origine della nozione di «contratto» – che nel nostro codice civile viene, in linea generale, attualmente espressa nell'art. 1321 – vi sono i concetti di **accordo** e di **interesse individuale**. Le due o più parti che si accordano per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale sono, infatti, animate ognuna da propri interessi, spesso contrapposti e a volte neanche espressi pienamente, che trovano nel contratto il comune mezzo di realizzazione. Ciascuna parte, in altre parole, desidera, mediante l'accordo negoziale, e dunque attraverso l'assunzione di un obbligo e/o il trasferimento di un diritto nella sua disponibilità a favore degli altri contraenti (o anche, in alcuni casi, di terzi, come avviene, ad esempio, nell'ambito dell'operazione contrattuale disciplinata dagli artt. 1411-1413), soddisfare un interesse suo proprio, che può avere anche carattere altruistico (come è per il donante, art. 697), ma che – questa la caratteristica precipua – solo il contratto consente di realizzare a determinate condizioni.

Esemplificando può, infatti, osservarsi come sia senza dubbio possibile coltivare un orto per avere l'insalata fresca alla bisogna, ma per molti è più comodo comprare la verdura già bella e pronta. Ecco, dunque, che chi preferisce avere l'insalata senza doverla coltivare, e non ha altro modo di procurarsela, la deve acquistare da chi è disposto a venderla. Occorrerà, perciò, concludere un contratto nell'ambito del quale chi ha intenzione di comprare l'insalata dovrà privarsi di qualcosa a vantaggio del potenziale venditore, così da convincere quest'ultimo a concludere il contratto. In definitiva, per soddisfare i diversi interessi in gioco occorrerà che tra le parti si realizzi, uno (diciamo così) scambio di vantaggi o, in altri termini, di utilità, cui sarà finalizzato il programma contrattuale.

L'accordo si raggiungerà quando le parti si considereranno, tutto sommato, soddisfatte del programma condiviso, in quanto questo risulta idoneo (almeno per una certa misura) a realizzare le diverse esigenze; viceversa, e cioè se una delle parti riterrà che a quelle condizioni l'operazione negoziale non è per lei conveniente, non si raggiungerà alcun accordo che la coinvolga e il contratto non si perfezionerà (o, comunque, non coinvolgerà quella parte). Dunque, nella stragrande maggioranza dei contratti, e cioè nei contratti basati sul meccanismo dello scambio di utilità, perché effettivamente si addivenga alla conclusione del contratto fondamentale risulta che le parti, nel libero esercizio ognuna della propria autonomia negoziale, trovino tra loro un punto di intesa circa i sacrifici che reciprocamente ciascuna sopporterà così da assicurare a tutte il conseguimento delle singole, diverse, utilità attese.

Alcuni contratti, per loro natura, non contemplano la possibilità che tra le parti si verifichi un vero e proprio scambio di utilità (o di vantaggi). Emblematici, in questo senso, risultano il contratto di donazione (che, non a caso, ha una disciplina tutta sua, contenuta nel Libro II, e che dunque si sottrae all'applicazione delle regole contrattuali di cui al Libro IV) e il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (a cui il codice civile dedica l'art. 1333). Più in generale, può dirsi che esistono - sebbene operino alquanto raramente - contratti che non contemplano l'idea di uno scambio, e che per questo sono detti «gratuiti» o in alternativa, se rientranti nel perimetro di applicazione delle norme sulla donazione, caratterizzati da spirito di liberalità. In tali contratti una parte assume un obbligo nei confronti dell'altra, o comunque attribuisce un'utilità alla controparte, non perché interessata a conseguire qualcosa nella disponibilità di quest'ultima, ma per una ragione che resta sostanzialmente esterna al programma contrattuale. Ad esempio, può accadere che un datore di lavoro abbia interesse ad assicurare quotidianamente ai propri dipendenti il servizio di trasporto gratuito, dalle loro case in azienda, per ridurre al minimo la possibilità che l'inizio dei turni di lavoro subisca ritardi dovuti al traffico stradale. Anche i contratti gratuiti e quelli caratterizzati da spirito di liberalità, tuttavia, non prescindono dall'accordo, e cioè si fondano sostanzialmente sull'interesse che ogni parte nutre per il contratto e, dunque, in altre parole, sull'utilità che da quel contratto ogni contraente pensa di trarre. E infatti, nell'esempio del trasporto gratuito, può ritenersi che i dipendenti concluderanno il contratto perché hanno interesse a fruire del relativo servizio così potendo conseguire un risparmio sui costi di trasferimento da casa a lavoro - cui, altrimenti, dovrebbero far fronte autonomamente - o comunque per non entrare in attrito con il datore di lavoro, mentre quest'ultimo, come detto, ha interesse a prestare il servizio per ragioni di efficienza aziendale. Allo stesso modo, le parti di una donazione saranno mosse ognuna da propri interessi (di carattere patrimoniale o anche solo morale) in sé idonei a spingerle a concludere il negozio.

Il contratto è, dunque, uno strumento che consente a ciascuna delle parti di perseguire l'obiettivo di realizzare un proprio interesse (in altre parole, di conseguire una propria utilità) per lo più attraverso un meccanismo di scambio che assicura ai soggetti coinvolti il conseguimento di un vantaggio idoneo a motivare l'adesione di ognuno al programma negoziale.

Ovviamente, come già accennato, ogni contraente, al fine di conseguire l'utilità agognata, sarà disposto a rinunciare esclusivamente a uno o più beni che, nel complesso, in quel momento gli assicurano un'utilità inferiore. In altri termini, se il potenziale contraente ritiene che acquistare un certo prodotto gli consente di conseguire un'utilità pari a 10, comportandosi da soggetto razionale sarà disposto, pur di concludere il relativo contratto, a privarsi di uno o più beni la cui utilità complessiva per lui sia pari a 9, ma non oltre. Perché, se lo scambio per lui fosse a somma zero (in quanto cede un bene a cui attribuisce valore di 10, al fine di acquisire un diverso bene da cui trae l'identica utilità) o addirittura producesse una perdita complessiva nel suo c.d. «portafoglio» (perché cede un bene che per lui vale 10 e ne consegue uno a cui egli attribuisce un valore inferiore), non varrebbe la pena concludere il contratto. In definitiva, ogni soggetto, nel momento in cui si accinge a concludere un contratto, seppure spesso inconsciamente, svolge (o dovrebbe svolgere) da soggetto razionale questo tipo di analisi costi/benefici. Da quanto appena evidenziato si ricava che il contratto, se utilizzato da agenti razionali, è uno strumento potenzialmente idoneo a produrre un aumento di utilità per ogni contraente, e quindi ad accrescere la ricchezza di quanti hanno condiviso l'accordo negoziale. Il fenomeno, se indagato in una prospettiva più ampia, si rivela, a certe condizioni, in grado di incrementare, a parità di risorse esistenti in natura (quindi senza che queste varino), la ricchezza complessiva esistente in un dato momento in una certa comunità (cioè nella misura in cui il singolo contratto, nel produrre vantaggi alle parti, non danneggia in misura maggiore gli altri consociati: si parla in quest'ultimo caso di «eccesso di esternalità negative»). E infatti, laddove gli altri consociati non subiscono pregiudizi significativi, l'incremento di ricchezza dei contraenti produce un incremento della ricchezza complessiva del sistema. In altre parole, può dirsi che «allocare (più correttamente, «riallocare») i beni» laddove vengono apprezzati di più, in quanto producono maggiore utilità, significa «incrementare la ricchezza complessiva della comunità» in cui la vicenda (ri)allocativa si realizza. Ecco, dunque, che il contratto si rivela in grado - giova ribadirlo, a parità di risorse (*id est*, di beni) esistenti in natura - di produrre ricchezza per il solo fatto di consentire un'allocatione il più possibile efficiente di tali risorse. Quanto l'allocatione delle risorse determinata dall'operatività del contratto risulterà, in concreto, efficiente dipende da alcune variabili, cui si farà cenno più avanti. La generale capacità del contratto di produrre una tendenziale efficiente allocatione delle risorse presenti in quel dato momento nella data comunità di riferimento, e dunque di generare ricchezza in forza del solo trasferimento dei beni tra i consociati, costituisce una delle ragioni per cui l'economia capitalista ha finito per prevalere sui diversi sistemi economici che, limitando significativamente l'autonomia negoziale, e dunque la capacità del contratto di realizzare effetti efficienti sul piano allocativo, hanno impedito la piena e migliore valorizzazione delle risorse presenti nei territori, e nei relativi sistemi economici, di riferimento.

L'assunto di fondo è che i «beni» (nel concetto, ovviamente, rientrano anche le prestazioni), potenzialmente rientranti nel perimetro del contratto, prima che l'accordo negoziale si realizzi sono allocati in modo non pienamente efficiente sul piano economico dacché producono, in capo a chi ne ha la disponibilità, un'utilità inferiore a quella che ne trarrebbe un terzo interessato ad acquistarli. Ciò può accadere in ragione del fatto che, come evidente, i beni non hanno un valore in sé. Il valore che ogni individuo attribuisce ai singoli beni è influenzato, infatti, da vari fattori: le sue preferenze personali, i suoi bisogni, le sue disponibilità economiche, l'ambiente in cui vive, i condizionamenti culturali che subisce e quant'altro. Inoltre, occorre considerare che, normalmente, l'utilità che si può trarre dal singolo bene è funzione (inversa) della quantità del dato bene di cui si dispone (gli economisti parlano di utilità marginale decrescente), di talché, salvo casi particolari, quante più unità di un certo bene si hanno, tanto più l'utilità che si trae da ogni singola unità è via via inferiore.

Ad esempio, a parità di condizioni tra Tizio e Caio, se il primo in casa propria non ha neanche un frigorifero, mentre il secondo ha tre frigoriferi, è ragionevole pensare che Tizio, qualora riesca

ad acquistare un frigorifero, sarà in grado di trarre dallo stesso un'utilità maggiore rispetto a quella che Caio potrebbe trarre da un ipotetico quarto frigorifero. E finanche un'utilità maggiore rispetto a quella che Caio trae dal secondo o dal terzo frigorifero tra quelli che egli già ha in casa, ordinati in modo decrescente rispetto all'intensità dell'utilizzazione che ne fa. In sintesi, l'utilità che il singolo trae dal bene è funzione inversa della quantità di quel dato bene di cui egli dispone. In questo senso gli economisti parlano di «utilità marginale» [DI CIOMMO 2012, 15 s.]. In economia, nell'ambito della c.d. «teoria del valore», questo concetto è stato particolarmente valorizzato dal c.d. «marginalismo», e cioè da quella corrente di pensiero, sviluppatasi soprattutto tra il 1870 e il 1890, che è tradizionalmente considerata contrapposta all'impostazione classica e alla teoria marxista. In estrema sintesi, secondo l'approccio classico e marxista, è la quantità di lavoro che definisce il valore di un prodotto; al contrario, secondo i marginalisti, il valore del prodotto riflette il grado di soddisfazione soggettiva che i singoli individui attribuiscono ai diversi prodotti, la cui quantificazione viene affidata a calcoli di convenienza. Dunque, tale valore è definito sulla base dell'importanza che il singolo attribuisce al prodotto stesso, e cioè, quanto più il prodotto è desiderato, più vale, in quanto più è in grado di soddisfare il bisogno individuale. La soddisfazione – o, in altri termini, l'utilità – tenderà a diminuire con il consumo, o anche solo la disponibilità, di ogni unità aggiuntiva dello stesso bene, e ciò introduce il concetto di «utilità marginale» che verrà applicato anche alla teoria dei fattori di produzione. Inoltre, a differenza della metodologia classica, che ritiene fondamentale lo studio della crescita economica, quella marginalista si incentra sull'analisi dell'equilibrio economico e sulla ricerca delle metodologie più efficienti di allocazione delle risorse, intese per tali quelle che consentono di perseguire il raggiungimento del punto di equilibrio definito «di ottimo paretiano», e cioè quello dal quale il singolo non si può spostare per migliorare le proprie condizioni senza che peggiorino quelle degli altri operatori del mercato. Tra i più importanti economisti che contribuirono allo sviluppo delle teorie marginaliste si ricordano Vilfredo Pareto, Carl Menger, Léon Walras, Francis Y. Edgeworth e Alfred Marshall.

Dunque, può essere conveniente per chi abbia in abbondanza un bene privarsene a favore di chi ha scarsità di quel bene, ma ha disponibilità in eccesso di un bene di cui il primo non dispone, ovvero semplicemente ha disponibilità di un bene (ad es., il denaro) del quale è disposto a privarsi per assicurarsi l'utilità derivante dall'acquisizione del bene agognato, in una misura considerata sufficiente da colui che in quel momento detiene tal ultimo bene. Le parti possono convenire di realizzare tra loro una permuta (e cioè uno scambio di beni), oppure possono concordare che a fronte dell'attribuzione, in capo a una di esse, di un'utilità (ad es., consistente nel trasferimento di un diritto reale ovvero nel sorgere di un diritto di credito), l'altra parte paghi un prezzo in denaro (che costituirà l'utilità prodotta dal contratto in capo alla controparte).

Le condizioni a cui si realizzerà lo scambio, e quindi i contenuti dell'accordo negoziale, dipenderanno strettamente dal valore che gli interessati danno ai beni in questione, oltre che dalle caratteristiche del mercato in cui la data operazione viene compiuta. Quanto più valore una parte attribuirà al bene agognato, tanto più, tendenzialmente, essa sarà disposta a offrire per assicurarsi quel bene. A sua volta, la controparte sarà disposta a cedere quel bene tanto più facilmente, e cioè accettando in cambio una modesta utilità, quanto più considera quel bene di scarso valore. Di conseguenza, se l'acquirente considera il bene di grande utilità e il venditore di modesta utilità, dovrebbe essere più semplice che si raggiunga un accordo circa il trasferimento del bene dall'uno all'altro. E inoltre, qualunque sia l'intesa che le parti trovano circa il corrispettivo dovuto, a parità di condizioni per gli altri consociati, si avrà un incremento di ricchezza significativo per la comunità in cui esse vivono in quanto, se Tizio attribuisce al bene in questione il valore di 10 e Caio di 100, qualunque sia il prezzo quest'ultimo pagherà, quando il contratto diverrà efficace si avrà un incremento di ricchezza complessivo di 90 (c.d. «surplus contrattuale»). Se, infatti, il prezzo concordato sarà 70, Tizio avrà un incremento della sua utilità pari a 60 (perché avrà incassato 70 a fronte del sacrificio di un bene da cui egli traeva utilità per 10), mentre Caio avrà un incremento di ricchezza pari a 30

(perché, a fronte del pagamento di 70, si sarà assicurato un'utilità pari a 100). Mentre se il prezzo concordato sarà pari a 30, Tizio avrà un incremento di 20 (perché avrà incassato 30 a fronte del sacrificio di un bene da cui egli traeva utilità per 10), mentre Caio avrà un incremento di 70 (perché, a fronte del pagamento di 30, si sarà assicurato un'utilità pari a 100). In entrambi i casi, come evidente, la somma dell'incremento delle due utilità è pari a 90, e quindi è pari alla differenza tra le due valutazioni di utilità effettuate dalle parti. Si avrà, dunque, un incremento di ricchezza generale di 90 anche quando le parti concorderanno il corrispettivo dovuto, estremizzando, in 11 o un valore a questo prossimo (sotto questa cifra Tizio non avrà più interesse a vendere divenendo per lui l'operazione a somma zero, nel caso in cui il prezzo sia 10, o addirittura a risultato negativo, se il prezzo scende sotto il valore di 10) o, alternativamente, in 89 o un valore a questo prossimo (sopra questa cifra, a sua volta, Caio non avrà più interesse ad acquistare). In questi due casi avremo che una delle due parti avrà esercitato il suo maggior potere contrattuale sino al punto di accaparrarsi quasi tutto il surplus contrattuale. E infatti, quando l'accordo individuerà un prezzo pari o vicino a 11, ad accaparrarsi la maggior parte del surplus contrattuale sarà Caio (la differenza tra 100 e 11 fa 89: questa è l'utilità che Caio riesce, in tal caso, a trarre dal contratto a fronte di un'utilità pari a 1 lasciata a Tizio). Viceversa, quando l'accordo individuerà un prezzo pari o vicino a 89, ad accaparrarsi la maggior parte del surplus contrattuale sarà Tizio.

Le considerazioni accennate rivelano che non esiste un solo contratto efficiente, e che anzi esistono normalmente più combinazioni possibili delle diverse utilità che i contraenti traggono dallo scambio. E infatti, alla luce di quanto appena osservato risulta evidente come il contratto ponga sia un problema di efficienza allocativa rispetto alle risorse esistenti in natura, sia un problema di distribuzione al suo interno del surplus che l'operazione di scambio consente di realizzare. A tal ultimo proposito si parla, tra gli economisti, di efficienza distributiva interna dello scambio. Va qui aggiunto che esistono anche diversi possibili livelli di efficienza allocativa del contratto, che dipendono principalmente dal modo in cui si forma l'accordo e dalle condizioni di mercato esistenti. Nel mondo reale sarà molto difficile che un contratto effettivamente concluso possa realizzare il massimo incremento di utilità, mentre normalmente esso consentirà incrementi relativi; e tanto più lo stesso sarà considerato efficiente quanto più significativi saranno tali incrementi.

■ 3. Il contratto, prima come fatto sociale basato sull'accordo e sull'interesse individuale definiti nel senso chiarito, e poi come istituto giuridico, ha origini molto antiche, tanto che sono state individuate tracce di rapporti (in qualche modo) contrattuali anche nelle relazioni che sin dall'epoca preistorica si ritiene l'uomo abbia intrattenuto con i suoi simili. Non a caso l'istituto contrattuale (se pure con caratteristiche, via via, diverse da quelle attuali) è presente in tutte le tappe dell'evoluzione che, sul piano storico, l'esperienza giuridica ha avuto, quantomeno in Occidente.

Come autorevolmente è stato osservato in dottrina, allorché anche la trattatistica italiana ha cominciato – in vero, solo sul finire dello scorso secolo – a occuparsi del rapporto tra contratto e mercato, «l'animale antenato dell'uomo ha consegnato al primo uomo una qualche idea di obbligazione di dare, nascente da una fonte che nelle categorie ricavate dal diritto romano si chiamerebbe quasi contrattuale [...] Più di recente è stato concepito lo scambio non coattivo (una prestazione oggi, una controprestazione remuneratoria spontanea domani). Ancora più tardi il quasi contratto creatore di arricchimento ingiustificato ha preso a essere posto in essere proprio pensando all'obbligo resitutorio che ne nasce, e così sono nati il deposito, il prestito, il mandato (il codice di Hammurabi raggiunge questa fase e non va oltre), poi via via le idee dello scambio programmato hanno invaso il centro della scena: se non hanno dominato l'intera area del diritto

privato, hanno però ricoperto il settore del diritto dei beni economici). L'autonomia è da allora una figura centrale del mondo del diritto» [SACCO 2004, 16-17].

Tuttavia, solo con la nascita e l'evoluzione delle società progredite e dell'economia dinamica il contratto è diventato lo strumento più usato di regolazione dei rapporti patrimoniali tra privati. Può, infatti, dirsi che esso abbia assunto un ruolo realmente centrale sul piano sociale, sia in termini economici sia giuridici, soltanto a partire dal XIX secolo, e dunque in concomitanza con l'emersione del mercato inteso in senso moderno. Prima di allora, l'economia era sempre stata sostanzialmente statica, in quanto non vi erano le condizioni tecniche (tra l'altro, non erano state ancora inventate le strumentazioni idonee a realizzare beni producibili in larga scala e quantitativi significativi, oltre che i mezzi di trasporto per distribuire sui territori i prodotti e trasferire da un luogo all'altro beni e persone rapidamente e in modo sicuro), né vi erano i presupposti culturali e sociali perché i consociati sentissero l'esigenza di scambiarsi tra loro beni in una logica contrattuale, se non nella misura strettamente necessaria alla sopravvivenza e nella forma del baratto.

E infatti, prima che la Rivoluzione industriale sconvolgesse lo scenario socioeconomico che si era per secoli, mantenuto sostanzialmente inalterato, il cittadino comune trascorreva la sua esistenza per lo più, in ambito familiare (allargato) e in contesti rurali poco sviluppati, dove si dedicava spesso con i propri conviventi, al lavoro nei campi o al piccolo artigianato di bottega. Qui egli ricavava dal suo lavoro e dalle relazioni amicali/familiari che coltivava tutto ciò che gli bastava per vivere, e, se mancava di qualcosa, provvedeva a procurarsela scambiando piccole quantità di beni di cui aveva disponibilità, con suoi conoscenti che vivevano nella stessa comunità. Capitava raramente, nel contesto preindustriale, che qualcuno acquistasse qualcosa da uno sconosciuto, e ancor più raramente capitava che si pianificassero operazioni contrattuali e dunque, ad esempio, si provvedesse all'accumulazione di un certo bene (o di denaro) per scambiarlo con il bene agognato, o si scegliesse la controparte contrattuale dopo aver valutato diverse possibilità, o ancora si trattasse delle condizioni giuridiche, oltre che economiche, del contratto eventualmente da perfezionare. In definitiva, può dirsi che in quella dimensione l'economia dello scambio era imperfetta e deficitaria in quanto, tra l'altro, grande parte della produzione era assorbita dall'autoconsumo della famiglia o del villaggio, e dunque non entrava nel circuito del mercato. In più, la ricchezza era costituita principalmente, se non esclusivamente, dalla disponibilità dei beni immobili, e questa era ovunque appannaggio quasi esclusivo di poche famiglie, le quali peraltro trasferivano diritti su tali beni per lo più nell'ambito di vicende matrimoniali o di successione *mortis causa*. A ciò si aggiunge che, di fatto, salvo rare eccezioni, non era possibile per nessuno aumentare la propria ricchezza, ancor di più migliorare la propria posizione sociale, con il lavoro o con l'esercizio dell'attività di impresa, e ciò a causa della mancanza di un'efficiente organizzazione dei mezzi di produzione di un mercato in grado di dare valore al prodotto. In proposito si è autorevolmente osservato che «Il contratto è ampiamente incoraggiato dalle connotazioni culturali dell'uomo moderno e dalle strutture sociali della cultura urbana. Se il contratto è lo scambio tra beni, utile quando il primo contraente disponga di una quantità esuberante di un dato bene che manca alla controparte, e il secondo contraente disponga di un bene diverso, che difetta al primo, ciò significa che il diversificarsi delle attività umane produttive (ossia la divisione del lavoro tipica della cultura urbana) esalta il contratto. Se il contratto mira ad acquisire beni mediante scambi, e così soddisfare i bisogni del contraente, il carattere comunitario della società arcaica assicura al membro dell'associazione ciò che gli è necessario senza bisogno di ricorrere allo scambio, né al contratto» [SACCO 2007, 289].

A partire dal XIX secolo lo scenario, come si accennava, muta sia in Italia che in larga parte dell'Europa continentale (in Inghilterra l'evoluzione in parola si ebbe già a partire dalla seconda metà del Settecento). La circostanza dipende principalmente, da due ordini di fattori.

a) Il primo ha una dimensione principalmente filosofica e culturale, che, in estrema sintesi, può dirsi far perno sull'elaborazione dei concetti di «uomo», «interesse», «ricchezza» e «mercato» che si è avuta in Europa nel corso dell'Illuminismo, e quando si abbandonò la concezione, in voga dal 1400, secondo cui l'individuo doveva rivolgere ogni sua attenzione a Dio (sicché i suoi interessi personali non meritavano di essere perseguiti in quanto ciò produceva un'egoistica sottrazione di energie da destinarsi al bene superiore) e, al contrario, si cominciò a valorizzare l'interesse individuale come propulsore di dinamiche positive a livello sociale.

Si osservò, in questa prospettiva, che se l'uomo è in grado di realizzare i suoi bisogni e soddisfare i suoi interessi perseguendo ciò che è utile per lui, la sua felicità aumenta e, come evidente, in una comunità di consociati più felici il livello di benessere collettivo cresce, oltre che in ragione della semplice somma delle maggiori felicità individuali, anche perché ogni individuo è meglio disposto verso gli altri. Per questa via si arrivò a rivalutare il concetto di «ricchezza individuale» e si ritenne di dover favorire la creazione di dinamiche contrattuali e di mercato in quanto, per l'appunto, idonee (alla luce di quanto si è sopra osservato) a soddisfare bisogni, creare surplus di utilità e, dunque, in definitiva, aumentare la felicità degli individui e della comunità. Nell'impossibilità di percorrere in questa sede, anche solo per brevi cenni, le tappe di tale vicenda, giova tuttavia evidenziare che nel 1776, con l'opera intitolata *La ricchezza delle nazioni*, Adam Smith, rovesciando la logica agostiniana che aveva largamente influenzato la riflessione dei secoli immediatamente precedenti circa il rapporto tra uomo e utilità personale, riconosce all'interesse del singolo (in termini teologici, «amor di sé» contrapposto a «amor divino») una funzione fondante la moderna teoria economica e un valore altamente positivo in quanto determinante il bene comune. Non va dimenticato che questa rivalutazione, in chiave etica prima ancora che filosofica, dell'interesse individuale come ragione giustificatrice delle azioni umane, segue a distanza di quasi un secolo, l'affermazione di John Locke circa la natura essenzialmente economica della proprietà privata, il substrato naturale del diritto soggettivo di proprietà e il carattere dichiarativo (e non costitutivo) delle regole positive che riconoscono e disciplinano la proprietà. [...] Si è, ovviamente, ancora lontani dall'emersione dell'istituto contrattuale, quale si avrà diffusamente nella prassi sociale circa due secoli dopo, e tuttavia, almeno idealmente, si è già oltre l'idea esclusivamente statica della ricchezza e dei rapporti privatistici. Riguardo al cambiamento che a livello culturale si ebbe, a cavallo tra Settecento ed Ottocento, circa il modo di intendere gli interessi individuali e in particolare quelli patrimoniali, Albert O. Hirschman, nel suo *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, osserva che «Nei numerosi trattati sulle passioni apparsi nel XVII secolo non vi sono tracce di cambiamento nella valutazione della cupidigia come il più vergognoso di tutti i vizi, o nell'attribuirle la posizione del più capitale dei peccati, posizione che era giunta a occupare verso la fine del Medioevo. Ma quando il far denaro assunse l'etichetta di "interessi" e in questa guisa rientrò in gara con le altre passioni, fu all'improvviso applaudito l'invieto del compito di arginare quelle passioni che a lungo erano state ritenute assai meno "dicensibili". Il termine «interessi» in realtà portava – e di conseguenza conferiva al profitto – una connotazione positiva e curativa derivante dalla sua recente stretta associazione con l'idea di un metodo più illuminato per condurre gli affari dell'uomo, tanto privati quanto pubblici [DI CROMMO 2012, 3]. A livello squisitamente economico la prima valorizzazione ragionata dell'interesse individuale viene svolta, a cavallo tra XVIII e XIX secolo, dalla c.d. «Scuola utilitarista», nell'ambito della quale si sviluppa la teoria marginalista. L'utilitarismo – di cui, secondo alcuni, furono precursori già i filosofi greci Protagora ed Epicuro – trova la sua migliore iniziale formulazione nel pensiero di Jeremy Bentham e John Stuart Mill, i quali, considerando l'utilità come ciò che produce vantaggio rendendo minimo il dolore e massimo il piacere, arrivarono a formulare processi di quantificazione del piacere al fine di individuare le condizioni e le dinamiche più adatte a favorire la massima realizzazione dell'utilità individuale e collettiva.

b) Il secondo ordine di fattori che, a partire dal XIX secolo, determinò il cambiamento in parola è costituito dalla combinazione di due fenomeni particolarmente

importanti. Il riferimento è alla c.d. **industrializzazione** – che, da un lato, consentì la produzione di beni di consumo, e, dall'altro, distribuì moneta agli operai, così creando le condizioni per la vendita di tali beni – e alla c.d. **urbanizzazione**, in forza della quale in pochi decenni, significative masse proletarie lasciarono le famiglie di origine e si trasferirono dai villaggi di campagna alle città per lavorare nelle neonate industrie, così consentendo, anche fisicamente, la nascita dei primi mercati intesi in senso moderno, e cioè luoghi in cui si incontra chi desidera cedere e chi desidera acquisire beni, spesso senza conoscersi prima, senza avere un appuntamento e senza avere ancora concordato le condizioni dell'eventuale operazione di scambio.

A questo cambiamento non risultano insensibili i giuristi, che, anzi, si caricano del compito di accompagnarlo. E infatti, è opinione comune quella per cui il legislatore del *Code Napoléon* del 1803, illuminato sul piano filosofico e consapevole dei cambiamenti in atto, abbia inteso produrre un apparato normativo affatto moderno e innovativo, che potesse rappresentare un fattore propulsivo determinante per il nascente mercato, tanto da avere come primo obiettivo, non solo nella disciplina del contratto, ma anche, ad esempio, nella disciplina del diritto di proprietà e degli altri diritti reali, la rimozione degli storici limiti alla circolazione della ricchezza al fine di favorire gli scambi e la più efficiente allocazione delle risorse. Tale prospettiva è senz'altro condivisa dal legislatore italiano del codice civile del 1865, che, malgrado segua il modello francese piuttosto pedissequamente, proprio in materia di contratto rivela una ancora più matura consapevolezza dell'importanza dell'istituto, tanto da ampliarne la definizione sino a ricomprendere espressamente nella nozione di «contratto» gli accordi modificativi o estintivi di rapporti giuridici già esistenti e tanto da chiarire all'art. 1125, in modo ancor più netto rispetto al corrispondente art. 1138 *Code Napoléon*, sia che il contratto può avere a oggetto diritti reali, sia che per conseguire l'effetto del trasferimento basta il consenso legittimamente manifestato. E infatti, mentre tra le fonti giustiniane non si rinviene il «contratto» inteso come «strumento generale produttivo di effetti sul piano giuridico», essendosi limitati i giureconsulti romani a trattare alcuni specifici contratti e a ricollegare a quelli la realizzazione degli effetti giuridici (in specie, produttivi di obbligazioni) previsti dall'ordinamento e voluti dalle parti, nel c.d. «diritto intermedio» si trovano tracce di un'elaborazione generale dell'istituto. La qual cosa dimostra una certa, seppure ancora lenta e timida, evoluzione dell'ordinamento rispetto al tema del riconoscimento del contratto come strumento potenzialmente di ampia utilizzazione da parte dei consociati. Peraltro, ancora in epoca medioevale, il contratto non è altro che una delle fonti delle obbligazioni, e pertanto il concetto che se ne ritrae è semplicemente quello di un accordo di volontà diretto a costituire un rapporto obbligatorio, rimanendo perciò esclusi da tale concetto sia gli accordi diretti a produrre trasferimenti di diritti reali sia quelli destinati a modificare o a estinguere un rapporto obbligatorio precedentemente costituito. Viceversa, con il codice civile del 1865 il legislatore italiano segna una svolta prevedendo all'art. 1098 che «il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico». A ciò deve aggiungersi che, poco prima, il *Code Napoléon* aveva recepito il principio del *solus consensus obligat*, elaborato dalla dottrina giusnaturalistica, secondo il quale è sufficiente il solo consenso delle parti (il *nudum pactum*, come si diceva allora) per far sorgere l'obbligazione, laddove nel diritto romano era di regola necessario anche il rispetto di determinate forme. Il principio consensualistico, come evidente, era senz'altro più confacente al ruolo che il contratto era andato assumendo nel corso del Settecento e più ancora si candidava ad assumere nel diritto privato moderno. E, come accennato, il principio consensualistico fu seguito, e anzi espresso in modo ancor più netto, anche dal codice civile italiano del 1865 (IBIDEM, 10 e 11).

Nacque così, e si sviluppò rapidamente, favorito dal mutato contesto (anche giuridico di riferimento, il **mercato**). Di conseguenza, si sviluppò l'**economia moderna**, non a caso anche detta «di mercato», in quanto basata sul concetto di «interesse individuale», oltre che sul libero esercizio dell'autonomia privata come strumento

di soddisfazione dei bisogni dell'uomo, sullo sfruttamento il più possibile razionale delle risorse e dei mezzi di produzione, sulla capacità di trasferire da una parte all'altra del mondo, in modo efficiente sul piano allocativo, materie prime, strumentazioni, materiale umano e prodotti finiti, e infine sull'effettiva idoneità del sistema a far incontrare la domanda e l'offerta in modo tale da produrre ricchezza. La qual cosa, come in un gioco di sponde, determinò nel corso del XIX secolo l'ulteriore evoluzione del concetto di «contratto» e soprattutto determinò le condizioni per la definitiva emersione dell'istituto contrattuale nella prassi sociale. Si spiega in questi termini la fortuna che il contratto ebbe tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento, allorché si attribuì all'**autonomia privata** un ruolo pivotale nel sistema privatistico in quanto, una volta acclarato che non vi erano ragioni etiche o morali per impedire all'individuo di perseguire i propri interessi, e una volta ammesso che il maggior utilizzo possibile di tale potere determina utilità sociale, non vi erano ragioni di impedire alla volontà individuale di realizzare, anche sul piano giuridico, qualsiasi effetto, salvo i limiti eccezionalmente ed espressamente imposti dall'ordinamento per evitare che l'atto umano, pur utile per chi lo compie, danneggi qualcun altro in modo significativo o si ponga in contrasto con interessi generali tutelati.

Idealmente, almeno per l'ordinamento italiano, l'approdo di tale vicenda è costituito dall'entrata in vigore del **codice civile del 1942**, il quale – senza rinnegare il modello rappresentato dal *Code Napoléon*, e dunque senza determinare alcuna frattura traumatica rispetto al codice italiano del 1865 – mise, anche sul piano sistematico, al centro del sistema privatistico il contratto, ribadendo la scelta in questo senso, per certi versi, già compiuta nel *codice di commercio* del 1882 (tanto che il contratto è alla base anche della disciplina delle società contenuta nel Libro V), e inoltre valorizzando pienamente l'elaborazione del c.d. **negozio giuridico** che aveva, poco prima, trovato spazio nel codice civile tedesco (il BGB, entrato in vigore nel 1900). In ragione di ciò può dirsi che l'affermazione del nuovo codice segnò per l'Italia il tramonto definitivo della «società fondata sulla proprietà privata», intesa come «centro nevralgico dei rapporti privatistici oltre che paradigma di patrimonialità e ricchezza», e la conseguente nascita di una società di nuovo conio fondata sulla dinamicità e sull'efficienza economica garantite dal contratto.

■ 4. Sin qui si è nell'ordine precisato che:

a) il concetto di «contratto» (così come quello di «mercato» se inteso quale oggetto di regolazione giuridica), sebbene basato sullo scambio, e cioè su un'attività che l'uomo compie spontaneamente per soddisfare i propri bisogni, è artificiale, e cioè costituisce il risultato di precise scelte legislative compiute in un dato momento storico per realizzare certi risultati;

b) il contratto, o meglio lo scambio di cui esso costituisce il momento giuridicamente rilevante, in presenza di determinate condizioni realizza allocazione efficiente delle risorse esistenti in natura e, dunque, incremento di ricchezza sia per le parti che per la comunità in cui esse vivono;

c) e il contratto, intesi in senso moderno, sono divenuti assi fondanti della modernità a partire dal XIX secolo, e ciò in ragione del mutato contesto culturale, tecnologico e sociale di riferimento.

È rimasta volutamente taciuta una questione importante: perché l'uomo preferisce normalmente, allorché ha necessità di compiere uno scambio per sod-

disfare un suo interesse, porre in essere un'operazione che rientri nello schema a cui il legislatore assegna il titolo di «contratto», ben potendo, in molti casi, consegnare l'operazione in modo tale da sfuggire all'applicazione delle regole giuridiche che operano riguardo al contratto? Come evidente, infatti, qualora le parti non volessero stipulare un contratto tra loro efficace sul piano giuridico, potrebbero limitarsi a impegnarsi sul piano esclusivamente morale, tralasciando del tutto di rispettare le forme previste dalla legge come essenziali per la validità del contratto, o addirittura dichiarandosi reciprocamente che l'impegno preso non ha effetti sul piano giuridico. La risposta al quesito posto è, per certi versi, banale, e al contempo essenziale nell'ambito del discorso che qui si sta conducendo. Essa riposa sul concetto di **cooperazione**. E infatti il contratto serve, in forza della sua idoneità a creare vincoli obbligatori e coercibili, a determinare nelle parti incentivi a cooperare. In altri termini, esso incentiva lo scambio perché garantisce che una promessa non mantenuta possa essere fatta valere in giudizio.

È questa la ragione per cui le parti preferiscono realizzare scambi servendosi del contratto. In tal modo esse, reciprocamente, cercano di scongiurare il rischio, di fatto presente in ogni relazione contrattuale, che la controparte provi ad appropriarsi dell'intero *surplus* contrattuale, ad esempio non eseguendo la prestazione promessa ma trattenendo la controprestazione già ricevuta. Chiarito, per il vero in termini davvero essenziali e sintetici, il motivo per cui i consociati hanno cura di concludere contratti, bisogna, a questo punto, precisare che il tema della cooperazione tra i contraenti rileva anche in una, parzialmente diversa, prospettiva. Come più volte accennato sin qui, non è detto che il contratto – per il sol fatto di fondarsi sull'accordo tra le parti finalizzato a realizzare interessi di queste, e benché esso implichi necessariamente la minaccia da parte dell'ordinamento di conseguenze pregiudizievole per la parte che dovesse tentare illecitamente di appropriarsi dell'intero *surplus* contrattuale – produca effetti efficienti sul piano allocativo. Perché ciò accada, infatti, è necessario che sussistano quattro condizioni che possono sintetizzarsi nei seguenti termini essenziali: *a*) i costi determinati dall'operazione economica così realizzata, e dunque le c.d. «esternalità negative» generate dallo scambio (cioè gli effetti negativi in termini di benessere collettivo, prodotti dall'esecuzione dell'accordo tra le parti), non sono tanto significativi da compensare, ed eventualmente assorbire *in toto* e così azzerare, l'incremento potenziale di benessere per la comunità di riferimento; *b*) ogni contraente è adeguatamente informato e consapevole, sicché risulta in grado di valutare effettivamente *pro* e *contro* dello scambio e così di determinarsi a compiere l'operazione economica alle condizioni idonee a determinare per lui l'acquisizione di un'utilità maggiore di quella che ha accettato di cedere in cambio alla controparte; *c*) ogni contraente ha la possibilità di cercare sul mercato le condizioni migliori, e cioè più vantaggiose, per concludere lo scambio; e *d*) nel corso del rapporto le parti sono efficacemente incentivate a cooperare, e dunque a comportarsi tra loro in maniera corretta e diligente, piuttosto che ad approfittare delle circostanze per assicurarsi una maggiore utilità l'una parte a danno dell'altra. Altre condizioni possono influenzare l'idoneità dello scambio a produrre efficienza allocativa, ma quelle appena enumerate sono le essenziali. La mancanza, anche di una soltanto di tali condizioni rende tendenzialmente, e cioè salvo casi eccezionali, il contratto inefficiente nel senso qui considerato [IBIDEM, 20 ss.].

L'ordinamento giuridico si fa carico, per quanto possibile, di favorire la sussistenza delle condizioni in parola. E così, laddove il contratto può generare esternalità negative perché, ad esempio, le parti, nel concluderlo, non hanno considerato, o non hanno dato rilievo al fatto, che l'esecuzione del loro accordo può determinare effetti materiali non graditi al legislatore (e, più in generale, al sistema giuridico, volendo considerare il ruolo fondamentale che la giurisprudenza gioca in questa vicenda), le regole privatistiche fanno scattare il rimedio della nullità, e cioè de-

terminano sul piano giuridico l'inefficacia *ex tunc* di quel contratto (se pure con i limiti operativi che saranno evidenziati in altra parte del manuale). In questo senso, paradigmatico risulta il caso dell'art. 5, ai sensi del quale sono vietati (e perciò nulli) «gli atti di disposizione del proprio corpo [...] quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

Tra le possibili esternalità negative che possono realizzarsi nell'ambito di un'operazione contrattuale vi sono i costi che le parti assumono per stipulare, e cioè costi rivolti a conoscere la controparte e il prodotto, a trovare l'intesa negoziale, a confezionare un contratto il più possibile chiaro e completo, ecc. Più questi costi aumentano e meno contratti saranno conclusi perché non tutti i consociati possono permettersi di affrontare costi transattivi elevati. Inoltre, e in ogni caso, l'incidenza dei costi transattivi riduce il *surplus* contrattuale che potenzialmente l'accordo può generare. Per queste ragioni, il legislatore si fa carico di predisporre una disciplina giuridica del contratto che operi, in modo il più possibile completo, non solo imponendo ai contraenti contenuti essenziali e, più in generale, limitando l'autonomia privata nel senso appena sopra accennato (attraverso c.d. «norme imperative»), ma anche regole (c.d. «norme dispositive») che operano in quanto le parti non hanno diversamente disposto nel contratto. Tali ultime norme sono volte a evitare le incertezze che deriverebbero dall'incompletezza dei contratti e a consentire, allo stesso tempo, ai potenziali contraenti di investire meno risorse nella trattativa e nella preparazione dei medesimi [IBIDEM; PARDOLESI-NICITA 2008].

Allo stesso modo, l'ordinamento salvaguarda il più possibile l'informazione e la consapevolezza delle parti, ben sapendo che, in mancanza, l'accordo molto difficilmente produrrà effetti benefici perché la parte non informata o consapevole compirà scelte negoziali con tutta probabilità per sé non utili. A tal proposito, operano le tradizionali norme privatistiche in materia di annullabilità del contratto per vizi della volontà, ma anche le nuove norme emanate dal legislatore (prima europeo e poi italiano) in materia di tutela del contraente debole. A titolo esemplificativo, si vedano in proposito gli obblighi informativi oggi posti a carico dell'imprenditore dal c.d. «codice del consumo», d.lgs. 206/2005; ma anche la legge sulla subfornitura industriale, l. 192/1998, che impone alle parti, entrambi imprenditori, di concordare per iscritto i contenuti del contratto, e cioè la scheda tecnica, le quantità oggetto di lavorazione, il prezzo, i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento; nonché la legge sull'affiliazione commerciale, l. 129/2004, che prevede, tra l'altro, l'obbligo per l'affiliante di consegnare al potenziale affiliato, almeno 30 giorni prima della sottoscrizione del contratto, copia completa del contratto corredato dagli allegati indicati all'art. 3.

L'ordinamento, come peraltro già accennato sin dal n. 1, si occupa di assicurare, sempre nei limiti in cui le norme giuridiche possono realizzare un tale obiettivo, che nel mercato (*rectius*, nei mercati, diversificati geograficamente e in ragione del genere di prodotto venduto) vi sia concorrenza tra gli operatori economici, così che gli stessi siano indotti a massimizzare la qualità del prodotto offerto, tenendo bassi i prezzi, al fine di rendere la loro offerta più interessante rispetto a quella dei concorrenti. In vero, la concorrenza viene tutelata e incentivata dal legislatore anche in ragione del fatto che solo in un mercato nel quale il potenziale compratore può maturare scelte diverse questi compirà la scelta davvero per lui più efficiente (o quantomeno una tra le scelte per lui più efficienti), e dunque sarà incentivato a concludere più scambi, perché saranno per lui, per l'appunto, scambi efficienti. In un mercato in cui operi solo un venditore (c.d. «monopolio») o pochi venditori (c.d. «oligopolio»), l'acquirente tendenzialmente non potrà aspettarsi che la controparte rinunci ad accaparrarsi la più parte del *surplus* contrattuale e a organizzare il mercato così da pro-

dure e vendere la quantità e qualità di prodotto che realizzano il suo massimo profitto, piuttosto che quelle che sarebbero preferibili per i consumatori, e dunque per la comunità in cui la vicenda si svolge. In Italia la prima disciplina organica della concorrenza è costituita dalla l. 287/1990 (c.d. «legge antitrust»), visto che il nostro ordinamento, prima dell'entrata in vigore di questa, conosceva unicamente la disciplina codicistica della concorrenza sleale [PARDOLESI-2009]. La l. 287/1990, che ha natura pubblicistica, se pure negli anni sta rivelando di poter avere anche ricadute sul versante privatistico – è stata introdotta in ritardo rispetto alle corrispondenti normative dei principali Paesi industrializzati. Negli Stati Uniti, infatti, la prima disciplina della concorrenza (e cioè lo *Sherman Act*) è datata 1890, mentre in Europa Paesi come la Germania, il Regno Unito o la Francia adottarono le prime legislazioni in materia verso la fine degli anni Quaranta, e regole di concorrenza figuravano già nel Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) e in quello di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea. Infine, come già si è accennato, l'ordinamento giuridico, nel dare rilevanza giuridica allo scambio realizzato in forma di contratto, si propone di indurre le parti a cooperare. A ciò il legislatore provvede attraverso l'intera disciplina delle obbligazioni, e in particolare attraverso le norme dedicate all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Tuttavia, tracce di questa evidente tensione dell'ordinamento a evitare che i contraenti possano, per varie ragioni, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale – in particolare se si tratta di rapporto di durata – avere interesse a non cooperare con la controparte si hanno anche nell'ambito di istituti specifici. È il caso, ad esempio, della clausola penale, visto che all'art. 1384 il codice civile stabilisce che essa «può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento». E infatti il creditore, in alcuni casi, laddove abbia spuntato *ab origine* una penale particolarmente per lui vantaggiosa, ovvero ove la penale contrattualmente stabilita sia divenuta per lui vantaggiosa in quanto la prestazione del debitore è stata parzialmente adempiuta, potrebbe essere indotto, in mancanza di una tale previsione normativa, a non cooperare con il debitore per favorirne l'adempimento e anzi a rendere per quest'ultimo l'inadempimento più complicato, così da assicurarsi l'incasso della penale.

I pochi cenni qui svolti evidenziano come l'ordinamento giuridico si ponga il problema dell'efficienza allocativa del contratto nell'ottica di favorire la produzione di ricchezza (cioè di benessere) che il mercato può determinare, e cerchi di risolverlo, per quanto possibile, facendo in modo che si realizzino le condizioni senza le quali non potrebbe esserci alcuna efficienza dello scambio.

■ 5. Come si è accennato sin dall'apertura di questo capitolo, il mercato, come luogo (anche non fisico) in cui si verificano tra consociati scambi con valenza economica, è un fenomeno spontaneo e, dunque, pregiuridico, di cui i legislatori si occupano al fine di valorizzarne la capacità di produrre benessere per la comunità. Negli ultimi decenni si è aperto, in particolare tra filosofi, economisti e giuristi, un acceso dibattito in tema di rapporto tra la c.d. **materia economica** e la c.d. **forma giuridica**.

Si è detto che «la connessione tra forma giuridica e materia economica si manifesta anzitutto nel comportamento individuale. In quanto si svolge nella società, il comportamento del singolo ha bisogno della qualificazione giuridica. [...] Il problema riguarda piuttosto la connessione tra forma giuridica ed economica considerata come il complesso delle relazioni tra i comportamenti economici individuali, e in questo senso come ordine economico risultante dalla riduzione a unità sistematica in vista di un *optimum* benessere collettivo. Si domanda allora se il diritto abbia soltanto la funzione di organizzare le forme esteriori del processo economico, nell'ambito delle quali singoli comportamenti economici si svolgono in condizioni di sostanziale immunità della regola giuridica, essendo deterministicamente orientati verso un ordine naturale prestabilito, oppure se il diritto costituisca uno strumento attivo del processo economico, in virtù del quale l'ordine econo-

mico riceve l'impronta della volontà umana. La prima concezione prospetta il rapporto del diritto con l'economia in termini di pura causalità logica, la seconda in termini finalistici» [MENGONI 1982] (ma, già prima, MENGONI [1963]). Sul punto, anche per la dottrina ivi citata, la ricostruzione proposta da MACARIO-LOBUONO [2010].

A detta di molti osservatori, nel corso della seconda metà del XX secolo, il mercato, o meglio il fattore economico, anche in ragione dell'alleanza da tempo stretta con la tecnologia, ha prevalso sul diritto, sulla politica e sull'etica, come tecnica di controllo sociale, e si è dunque liberato dal giogo delle regole giuridiche, che gli operatori economici (secondo la vulgata comune) hanno sempre mal sopportato.

Per tali considerazioni, DI CIOMMO [2003] e ROSSI CARLEO [1992]. Si osserva, a riguardo, che le imprese multinazionali oggi, oltre a influenzare significativamente ogni scelta politica in ragione della loro forza economica e finanziaria, sono in grado di prescindere dal collegamento con gli Stati nazionali e con i territori geografici in quanto scelgono dove ubicare la propria sede, dove svolgere il proprio *business* e dove pagare le tasse, e dunque sostanzialmente scelgono a quale ordinamento giuridico nazionale assoggettarsi, salvo poter sempre, come avviene sovente, nell'ambito contrattuale sottrarre la controversia, che dovesse eventualmente insorgere con la controparte, alla giurisdizione dei giudici nazionali per rimettere la soluzione della lite a collegi arbitrali e camere arbitrali internazionali, che applicheranno regole autoprodotte dalle parti o comunque regole non prodotte dal formante politico-giuridico ma da associazioni ed enti di carattere privato (si vedano, in proposito, i *Principi Unidroit*). Si è rilevato che «nelle democrazie occidentali (la norma politico-giuridica) ha ordinato una volontà di profitto che, lasciata a se stessa, si sarebbe liberata e tuttora si libererebbe il più possibile dalla regola politico-giuridica e imporrebbe essa la propria regola alla politica (al diritto, alla morale, alla religione), cioè subordinerebbe gli interessi e i bisogni della società al processo produttivo volto all'incremento del profitto. [...] La norma politico-giuridica (ma anche religiosa e morale) è stata il principio ordinatore del capitalismo, [ma] il capitalismo tende alla *deregulation*» [SEVERINO 2000, 669]. «La libertà economica diventa libertà politica; l'economia sovrasta la politica e al libero consenso degli uomini non spetta più stabilire i fini della società [...] Il mercato assume il ruolo istituzionale di organizzatore delle relazioni sociali e di distributore di ricchezza» [PERLINGIERI 2003, 243]. «Nell'età della tecnica l'etica celebra la sua impotenza, la sua incapacità a impedire alla tecnica, che può, di fare ciò che può. L'antica persuasione che assegnava all'etica il compito di scegliere i fini e alla tecnica il reperimento dei mezzi per la loro realizzazione, è tramontata il giorno in cui il fare tecnico ha assunto come fini quelli che risultano dalle sue operazioni. Si tratta di finalità che la tecnica non sceglie ma ottiene come risultati delle sue procedure» [GALIMBERTI 1999, 457]. E in tutto ciò, si avverte uno smarrimento di senso, che il giurista denuncia osservando che: «il fine della società moderna è soltanto quello dell'illimitata produzione (di mezzi): la ragione strumentale – e cioè la tecnica – diventa soggetto forte dell'ordinamento sociale contemporaneo. La società moderna si costituisce attraverso l'immaginario della libertà individuale, ma, rimuovendo la dimensione (costitutivamente) sociale dell'uomo, mentre esalta una libertà – quella tutta individuale del contratto, la libertà di agire nel mercato – ne occulta un'altra – quella imprescindibilmente «sociale» di stabilire «quale senso» per la nostra comunità collettiva» [BARCELLONA 1996, 19-20].

I più accesi fautori della tesi in parola ritengono che il mercato, in particolare nei lustri a cavallo tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, anche in ragione della dimensione globale e dunque sovranazionale che ha assunto, abbia finito per sottrarsi alla tradizionale capacità dei legislatori nazionali di regolarlo e conformarlo e, dunque, sia oggi in grado di operare esclusivamente sulla base delle regole dell'economia, o meglio delle regole sue proprie, e cioè delle c.d. «regole di mercato». Una tale visione dei rapporti tra economia e diritto sottende l'idea più generale che quest'ultimo, come strumento di regolazione della convivenza tra consociati, sia in

fase di inarrestabile declino, mentre il fattore economico, in uno con i suoi valori, le sue tecnicità e le sue dimensioni, sia destinato oramai a svolgere nel mondo un ruolo sempre più egemone.

Si dichiarano però contrari a questa prospettiva i giuristi più attenti, i quali rilevano come il dato economico, lasciato libero di esprimersi, fuori dalle regole giuridiche, non è in grado di realizzare utilità e dunque di incrementare il benessere collettivo. «La storia conferma che l'istituzionalizzazione del mercato non può prescindere dall'assunzione di un garante esterno, sia esso la morale o il diritto; la società non è riconducibile al mercato e alle sue regole; il diritto, al quale spetta la regolamentazione della società, indica limiti e correttivi, dettato non soltanto dal perseguimento della ricchezza, ma da valori e interessi diversi» [PERLINGIERI 2003, 244]. «Il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione di politica e dalle scelte normative. Cadono così i caratteri di naturalità e a-politica che si sogliono invocare a protezione di un dato mercato o in conflitto e rifiuto di altro tipo di mercato. La conformazione legislativa del mercato ne addita piuttosto il carattere della artificialità» [IRTI 2001b, 58]. «Impresa e mercato hanno bisogno di regole certe [per evitare] il rischio che l'ordine del mercato degeneri in disordine del mercato» [OPPO 2001, 429]. A essere in crisi è, dunque, il metodo giuridico e il rapporto tra il diritto e il mercato, ma non già il diritto quale strumento di regolazione della convivenza umana. Peraltro, la recente crisi economico-finanziaria che, partita dagli Stati Uniti a causa della speculazione sui titoli *subprime*, ha contagiato in poche settimane tutto il mondo, sembra aver tolto vigore alle tesi per cui il mercato deve essere lasciato libero di esprimersi e autoregolarsi visto che nella vicenda americana, e più in generale nella crisi mondiale in atto, è proprio il labile presidio dei rischi economici collegati ai contratti conclusi nel sistema finanziario – e, dunque, la mancanza di regole giuridiche certe ed efficaci al riguardo – che ha determinato l'insorgenza dei danni finanziari che si sono presto diffusi a macchia d'olio anche nella c.d. «economia reale». «Intesa in questo senso, la crisi del diritto appare sempre più una crisi di metodo, piuttosto che una crisi esistenziale o di funzione. A ben vedere, infatti, più diventa inquietante la fenomenologia dello sviluppo tecnologico, più l'esistenza del diritto, in ragione proprio della sua funzione, si palesa necessaria a garantire, per il futuro, la pacifica convivenza tra gli uomini. Da tale consapevolezza bisogna muovere per affrontare al meglio le sfide lanciate dalle nuove dimensioni tecniche ed economiche in cui l'ordinamento giuridico si trova a operare nei Paesi tecnologicamente avanzati. [...] E, se così è, se cioè il diritto, oggi, può trovare la forza di reagire al potere economico e tecnico esclusivamente nella sua funzione, che è quella di garantire le condizioni per una convivenza pacifica tra i consociati e un incremento del benessere (non solo economico) generalizzato, ciò vuol dire che, abbandonati alcuni dogmi tradizionali, è alla fissazione degli obiettivi concreti di politica del diritto e alle modalità di raggiungimento degli stessi che il giurista, in questo preciso momento storico, deve dedicare i suoi sforzi con rinnovata attenzione» [DI CIOMMO 2003, 49].

■ 6. Come già anticipato, l'esistenza di una reale concorrenza tra operatori nel mercato è una delle condizioni di efficienza allocativa del contratto. Va qui aggiunto che la **libertà negoziale** è comunque uno dei presupposti essenziali per l'instaurarsi di una situazione di concorrenza effettiva nei mercati, dovendosi precisare che tale libertà può, in concreto, essere esercitata anche in senso **anticoncorrenziale**. Di qui, il possibile contrasto fra la libertà di cui si discute e la tutela della concorrenza. Terreno questo in cui le interferenze tra contratto e mercato – e, per conseguenza, tra le rispettive regolamentazioni – risultano particolarmente evidenti.

Sembrirebbe così piuttosto evidente «il rapporto circolare che si determina, già sul piano semantico e poi normativo, tra il contratto, l'iniziativa economica, il mercato, la concorrenza. L'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica, e, quale potere di dettare regole per se medesimo

non può esprimersi senza la possibilità d'una scelta che consenta alla domanda e all'offerta di chiudersi in un accordo. La concorrenza è la veste che assumono più iniziative economiche nei loro rapporti reciproci: essa non è neppure pensabile senza la libertà di chi sceglie la regola e l'interesse disciplinato: è solo nel mercato concorrenziale che è possibile determinare e garantire il corretto svolgersi dei rapporti di scambio. Ma anche l'iniziativa economica anticoncorrenziale si realizza attraverso l'accordo: è con il contratto che si riduce o preclude l'iniziativa economica di altri, che si realizza l'intesa vietata, che si abusa dell'altrui dipendenza economica ovvero che si fa valere la posizione dominante occupata nel mercato» [ZOPPINI 2009, 57].

Le **normative antitrust** regolano (anche) il conflitto tra esercizio dell'autonomia privata e tutela della concorrenza e pongono, pertanto, dei limiti all'autonomia. Occorre, dunque, comprendere in che termini i limiti imposti alle imprese dagli artt. 2 e 3 l. 287/1990 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato) e dagli artt. 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE), si riflettano sulla validità dei contratti che perseguono finalità anticoncorrenziali.

Le disposizioni appena indicate, pressoché identiche nella versione dell'Unione e in quella italiana, vietano da un lato le **intese** (e cioè tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate) che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, e dall'altro l'**abuso di posizione dominante**.

Il punto essenziale, quindi – nella prospettiva qui indagata – consiste nel comprendere quale sia la disciplina della **nullità delle intese anticoncorrenziali**, quali siano le sorti dei contratti stipulati in conformità a un'intesa vietata (c.d. «contratti a valle») e quale sia la disciplina, sul piano della validità, dei patti attraverso i quali si realizzi l'abuso di posizione dominante.

Si ricorda che, secondo la definizione offerta dalla Corte di giustizia nella causa *United Brands Company e United Brands Continental Bv c. Commissione C.E.*, sentenza del 14 febbraio 1978, C27/76, è quella «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza oggettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori». Il comma 3 dell'art. 2 l. 287/1990 dispone la nullità «ad ogni effetto» delle intese vietate, così come il comma 2 dell'art. 101 TFUE dispone la nullità «di pieno diritto» delle intese, e così come – ancora – l'art. 65.4 Trattato CEE stabiliva la nullità «di pieno diritto» degli accordi volti a falsare il libero gioco della concorrenza. Le formule «a ogni effetto» e «di pieno diritto» echeggiano espressioni francesi che oltralpe stanno a indicare il massimo grado dell'invalidità, e cioè la nullità assoluta. La circostanza non è casuale giacché è noto che le disposizioni in materia di intese sono in generale state redatte ispirandosi al sistema francese, così come è noto che quest'ultimo, già prima dell'emanazione del Trattato, collegava alla violazione di tali disposizioni la nullità assoluta. Il legislatore, sia comunitario che italiano, nel riprodurre la terminologia d'oltralpe sembrerebbe non volersi discostare dalla scelta in chiave di nullità assoluta. Già tale dato dovrebbe indurre a ritenere che anche da noi la nullità sia caratterizzata da tale requisito. Ma, invero, non solo le origini e le espressioni usate spingono in quest'ultimo senso. Anche la *ratio* delle disposizioni conferma una tale soluzione. La ragione della previsione della nullità delle deliberazioni e degli accordi è, infatti, quella di evitare l'azionabilità delle obbligazioni risultanti dagli stessi e di minare conseguentemente la stabilità di cartelli idonei a impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e, pertanto, in grado di determinare una perdita di benessere sociale. Ciò che la disciplina intende proteggere in via immediata è un interesse generale. La nullità di cui si discute, quindi, in nessun modo può essere assimilata a quelle «nullità di protezione», che gran parte della dottrina considera sottratte all'ambito di applicazione dell'art. 1421 e di necessità «relative». È assolutamente da condividere, pertanto, la posizione, assunta dalla maggioranza della giurisprudenza e della dottrina, secondo

cui la nullità prevista dall'art. 101 TFUE e quella di cui all'art. 2 l. 287/1990 possa essere fatta valere da chiunque abbia interesse, comprese le parti che hanno partecipato al cartello e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Sia la disciplina comunitaria che quella nazionale dispongono la nullità delle intese e non necessariamente dell'intero contratto. La Corte di giustizia europea, in relazione al suddetto profilo, ha in particolare stabilito che la nullità di cui all'art. 101 TFUE riguarda solo la specifica previsione contrattuale e non l'intero contratto, purché, però, tale previsione sia separabile dalle altre clausole. Le conseguenze di questa nullità, relativamente alla rimanente parte del contratto, devono essere determinate dalla corti nazionali facendo riferimento ai loro ordinamenti di riferimento.

Nel nostro ordinamento, tanto nell'ipotesi in cui risulti violata la disciplina comunitaria quanto in quello in cui risulti violata la disciplina nazionale, la norma applicabile per decidere circa la caducazione o meno della rimanente parte del contratto non può che essere relativa alla nullità parziale contenuta nell'art. 1419¹. Va, inoltre, precisato che la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la nullità delle intese operi *ex tunc*, che la pronuncia abbia carattere dichiarativo, e che l'azione per fare dichiarare la nullità sia imprescrittibile.

■ 7. La disciplina nazionale e quella dell'Unione Europea non dispongono in modo esplicito in relazione alla validità dei contratti stipulati in conformità a un'intesa vietata, c.d. **contratti a valle** (ad es., i contratti di assicurazione conclusi adeguandosi a quanto stabilito dalle imprese assicuratrici attraverso un cartello illecito).

A fronte di una giurisprudenza in generale restia ad ammettere, in punto di invalidità, ripercussioni a valle delle intese, si registrano alcuni tentativi della dottrina volti a dimostrare l'invalidità di tali contratti. Parte della dottrina ritiene, infatti, che la nullità dell'intesa si comunichi ai contratti a valle in ragione di un collegamento negoziale. Altra parte ritiene, invece, che i contratti siano nulli in quanto la loro causa risulta illecita. Altra parte, da ultimo, giunge a tale conclusione ritenendo che la nullità discenda dall'illiceità dell'oggetto.

Invero, il contratto «a valle» può avere una sua funzione economica ben distinta e priva di profili anticoncorrenziali. La funzione economica, concretamente svolta da tale contratto può essere quella della vendita, dell'assicurazione, dell'appalto (o altra, tipica o atipica), e non può di per sé dirsi alterata per il fatto che il prezzo, o una determinata clausola siano state programmati «a monte» in un accordo di cartello (a cui una delle parti del contratto «a valle» è estranea). Si tenga conto, inoltre, che il contratto a valle pur potendo partecipare a una complessiva strategia anticoncorrenziale, da solo di regola non è idoneo a determinare l'effetto anticoncorrenziale.

Solo in alcuni casi, ma non di norma, anche il contratto «a valle» può avere una causa illecita, collegata a quella dell'intesa principale, e può dunque, essere invalido. Ciò si verifica quando il contraente «a valle» è chiamato a svolgere una funzione di concorso attivo nell'illecito concorrenziale (ad es., assumendo anch'egli un impegno di boicottaggio previsto nell'intesa principale, o un impegno limitativo della produzione o della circolazione di determinati beni, ecc.).

Può dirsi, in termini sintetici che, in base ai principi ricavabili dalle norme generali sui contratti, la tesi della nullità dei contratti attuativi di intese anticoncorrenziali deve essere respinta, fatti salvi i casi in cui anche la causa o l'oggetto dei contratti a valle siano direttamente qualificabili come illeciti (ad es., patti di boicottaggio o di discriminazione, che si trasmettono a diversi livelli del mercato).

La disciplina nazionale e quella dell'Unione non dispongono nulla neanche in merito alla validità o meno del patto o del contratto attraverso il quale si realizzi l'abuso di posizione dominante.

La maggioranza della dottrina ritiene che si possa sempre giungere a dichiarare invalido il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di posizione dominante. In questi termini generali, però, la tesi dell'invalidità del patto posto in violazione dell'art. 3 l. 287/1990 e dell'art. 102 TFUE non risulta del tutto convincente. Sembra, infatti, che si possa giungere a una soluzione più corretta distinguendo a seconda dei diversi tipi di abuso («di sfruttamento» e «di impedimento»). Si prenda, anzitutto, in considerazione l'ipotesi dell'abuso di sfruttamento che si realizza attraverso l'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. Si prenda, cioè, in considerazione la fattispecie disciplinata dall'art. 3, lett. a, l. 287/1990 e art. 102², lett. a, TFUE. Alla norma contenuta in tali articoli sono state mosse numerose critiche. In particolare, rispetto a ciò che per noi rileva, la norma è stata accusata di non essere volta a ricreare meccanismi concorrenziali e di essere, invece, indirizzata a «proteggere» i contraenti attraverso meccanismi di regolamentazione dei prezzi. In questo senso, all'art. 3, lett. a, l. antitrust è stato imputato di non essere in linea con il complessivo impianto della disciplina. Le critiche sembrano corrette. E però dalla circostanza che si sarebbe in presenza di una disciplina non a tutela della concorrenza in generale, bensì a tutela dei contraenti, non si può che fare discendere una qualche forma di tutela in capo a costoro.

Per individuare il tipo di tutela occorre comprendere quale sia la misura imposta all'impresa in posizione dominante. Sembra che quest'ultima possa essere individuata facendo riferimento a quella praticata in altri mercati, geograficamente diversi, aventi uguale struttura ma su cui operi la concorrenza (anche imperfetta). Non occorre una sproporzione. Si tratta di una misura oggettiva. In ragione di ciò parte della dottrina ha ritenuto che si possa – invocando l'applicazione dell'art. 1339 – ottenere la sostituzione della clausola che non rispetti tale misura (con la precisazione che se l'imposizione riguarda l'*an* della clausola, e non la specificazione del contenuto della stessa, la sostituzione si tradurrà in una mera eliminazione della clausola abusiva). Altra parte ha ritenuto, invece, che la clausola di prezzo sia nulla per la parte che rappresenta il guadagno dovuto allo sfruttamento della posizione dominante.

Si prendano ora in considerazione i c.d. **abusi di impedimento**, cioè gli abusi attraverso i quali l'impresa dominante riesce ad arrecare un ingiustificato pregiudizio alle opportunità competitive di altre imprese concorrenti (ad es., l'abuso che si realizza attraverso la pratica dei prezzi predatori, o sottocosto, o quello che si realizza attraverso le c.d. «clausole gemellate», o clausole in virtù delle quali la vendita, o comunque la concessione in godimento, di un prodotto, c.d. «prodotto legante», è subordinata all'acquisto di un altro prodotto, c.d. «prodotto legato»).

Occorre, anzitutto, distinguere fra le «clausole che realizzano l'abuso attraverso la coartazione della volontà dell'altro contraente» (quantomeno sull'*an* di una parte del contratto, si pensi, ad es., ad alcuni tipi di clausole gemellate) e le «clausole che

realizzano l'abuso attraverso la spontanea adesione dell'altro contraente» (ad es. le clausole contenenti prezzi predatori).

a) Le prime, pur essendo funzionali a una strategia escludente, realizzano anche un abuso di sfruttamento e, pertanto, non possono che essere soggette alla stessa disciplina di cui si è detto, con la precisazione, anche qui, che se l'imposizione riguarda l'*an* della clausola, e non la specificazione del contenuto della stessa, la sostituzione si tradurrà in una mera eliminazione della clausola abusiva.

b) Le seconde, invece, e cioè le clausole che realizzano l'abuso attraverso la spontanea adesione dell'altro contraente, se inidonee da sole a realizzare l'abuso (ad es., l'ipotesi di una pluralità di contratti contenenti prezzi predatori in cui il singolo contratto da solo non realizzi quel voluto effetto di esclusione del concorrente), dovrebbero essere considerate valide (rimanendo però ferma la possibilità per i concorrenti lesi di ottenere il risarcimento del danno subito ed eventualmente anche dei provvedimenti inibitori), mentre se idonee da sole a realizzare l'abuso potrebbero essere considerate nulle *ex art.* 1418.

Va ricordato che in Italia vi sono state decisioni in cui sono state considerate nulle le clausole attraverso le quali si realizza l'abuso di impedimento (App. Roma 16 gennaio 2001; Trib. Roma 14 agosto 2000, c, per certi versi, anche Trib. Milano 7 agosto 2000).

Bibliografia

ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008; ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Roma, 1998; *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 249 ss.; (a cura di), *Il «Draft Common Frame of Reference» del diritto privato europeo*, Padova, 2009; *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 9 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996; BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale* (1999), VIII ed., trad. it. Milano, 2006; BECK, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, trad. it. Bologna, 2008; BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, pp. 241 ss.; CAFAGGI-IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007; CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001; CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I-II, Milano, 2007; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; D'AMICO, *La formazione del contratto*, in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 40 ss.; *Recesso «ad nutum», buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, pp. 5 ss.; DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2000, pp. 1111 ss.; *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 565 ss.; *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, pp. 341 ss.; DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004; voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, III, t. 1, Torino, 2007, pp. 313 ss.; FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, pp. 345 ss.; *Validità e patologie nel Code Européen des Contrats*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, pp. 925 ss.; *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008;

Riflessioni sul diritto privato europeo, in *Europa e dir. priv.*, 2011, pp. 1 ss.; FRIGNANI-TORSELLO, *Il contratto internazionale*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, XII, II ed., Padova, 2010; GALIMBERTI, *Psiche e technè. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999; GATT, *Recensione a «Principles of European Contract Law: Part I»*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 507 ss.; *Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des Contrats*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, pp. 359 ss.; GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, pp. 67 ss.; *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, pp. 437 ss.; IRII, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001a; *L'ordine giuridico del mercato*, IV ed., Roma-Bari, 2001b; LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia* (2005), trad. it. Torino, 2010; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. società*, 1998, pp. 1541 ss.; LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, I-II, Padova, 1997; MACARIO, *Recesso «ad nutum» e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 1577 ss.; MACARIO-LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010; MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000; MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002; (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012a; *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012b; MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in PETTITI (a cura di), *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, pp. 1075 ss.; *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1127 ss.; *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 9 ss.; MENGOZZI, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di «interpretazione comparativa orizzontale»*, in *Contr. e impr. Europa*, 2008, pp. 63 ss.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008; NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, pp. 524 ss.; OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 421 ss.; PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010; PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 95; PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, pp. 159 ss.; *Le regole della concorrenza*, in *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, IV, t. 1, Milano, 2009; *Complementarietà irrisolte. Presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2011, pp. 463 ss.; PARDOLESI-NICITA, *Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, pp. 427 ss.; PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, pp. 197 ss.; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 84 ss., anche in *id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 240 ss.; REMIEN (a cura di), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2008; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München, 2008; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, *rist. int.*, Milano, 2004; ROPPO, *Il contratto del Duemila*, II ed., Torino, 2005; (a cura di), *Trattato del contratto*, I-VI, Milano, 2006; *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 669 ss.; ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008; ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, pp. 762 ss.; SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, III ed., in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2004, pp. 16 ss.; *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, LVII, Padova, 2010; SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, pp. 665 ss.; SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contrat-*

ti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, Milano, 2006; VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in D'ANGELO-ROPO (a cura di), *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, pp. 48 ss.; ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERI-ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, pp. 3 ss., anche in *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, III, t. 2, Milano, 2009, pp. 55 ss.

Gli elementi essenziali e accidentali del contratto

SEZIONE I. L'accordo delle parti

1. Il contratto come accordo.

■ **1.** L'accordo è il cuore del contratto: esso conquista il primo posto tra i suoi elementi essenziali (art. 1325, n. 1), e occupa la posizione più eminente nel corpo della sua definizione (art. 1321).

Né l'una né l'altra delle menzionate disposizioni possono essere ridotte al rango di proposizioni meramente descrittive: la definizione di «contratto», in particolare, svolge un ruolo fondamentale nel classificare e distinguere la fattispecie, nel senso che o l'attività posta in essere dai privati corrisponde alla definizione – e allora essa costituisce un contratto – o non vi rientra – e allora essa o non rappresenta nulla o rappresenta qualcosa di diverso.

La definizione legale di «contratto» pecca forse di una certa ingenuità; è vero, infatti, che identificare l'essere del contratto è operazione «più complicata di quanto il legislatore e dottrina, ingenuamente, hanno creduto che potesse essere» [ALPA 2012, 106]: tuttavia, per quanto il contratto abbia oggi assunto nuovi significati in relazione alla complessità economica del contesto in cui opera, l'identità tra accordo e contratto rappresenta ancora il punto di partenza per ogni ragionamento su questo istituto.

E allora appare conseguente riconoscere alla definizione posta dall'art. 1321 pieno valore precettivo; l'accordo, nell'accolta prospettiva, è:

- a) **misura** dell'efficacia vincolante e soggettiva del contratto (art. 1372^{1,2});
- b) **parametro** essenziale per interpretare il regolamento contrattuale (art. 1362¹);
- c) **limite** all'apponibilità di condizioni meramente potestative (art. 1355);
- d) **strumento** con cui le parti possono cancellare il contratto o modificarlo (art. 1372¹).