



# Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato “relazionale” e diritto privato “regolatorio”\*



Francesco Denozza

Prof. emerito dell'Università di Milano

**SOMMARIO:** 1. Due diritti privati? – 2. Due logiche potenzialmente contraddittorie. – 3. Un inquadramento generale: la distinzione tra *principle* e *policy*. – 4. *Principle* e *policy* nell'interpretazione della disciplina antitrust... – 5. ... e della disciplina del potere di mercato e contrattuale. – 6. Diritto privato e mercato: da equilibrio, mano invisibile e *principle*... – 7. ... a disequilibrio, massimizzazione e *policy*. – 8. Conclusioni: *principle*, *policy* e differenti ideali di società.

## 1. Due diritti privati?

Leggerò gli argomenti (*antitrust*, potere di mercato, potere contrattuale) oggetto di riflessione in questa giornata, come punti di emersione di una contraddizione profonda che dilania il diritto privato da decenni, che viene spesso segnalata<sup>1</sup>, ma il cui studio approfondito richiede a mio avviso ancora molti sforzi.

---

\* Il testo riproduce, con modifiche e l'aggiunta di note, le conclusioni svolte dall'a. al convegno *Dritto civile e tutela del mercato*, Giornata di studi promossa in collaborazione tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Associazione Civilisti Italiani, svoltosi a Roma il 22 novembre 2023.

<sup>1</sup> Sulla svolta c.d. regolatoria di una parte del diritto privato, v. ad es., COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999; MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism*, in *Competition and Regulation*, EUI LAW, 2008/14; HESSELINK, *Contract theory and EU contract law*, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2016; COMPARATO, *Public policy through private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law*, in *Eur. L.J.*, 2016, 621; ID., *What is*

Si tratta della presenza di logiche diverse, potenzialmente riferibili a norme che sono tutte qualificabili come norme di diritto privato (nel senso che sono tutte dirette a regolare i comportamenti che un privato deve tenere quando interagisce con un altro privato) e che però si ispirano a criteri, ed obiettivi, differenti.

Vari modi sono usati per descrivere questa diversità. Alcuni contrappongono norme che perseguono il solo fine di ottimizzare la disciplina della relazione intersoggettiva in sé considerata, a norme, qualificate come strumentali, che perseguono finalità che trascendono la considerazione della posizione delle due parti del rapporto<sup>2</sup>. Frequente è anche il ricorso a metafore geometriche: la contrapposizione diventa allora tra norme ispirate da una visione orizzontale, attenta solo alle caratteristiche del rapporto tra le due parti della relazione, e norme ispirate da una visione verticale, in cui i soggetti “... *interact as citizen...*”<sup>3</sup> e il rapporto viene inquadrato e valutato da un punto di vista più generale. Altri ricorrono all’immagine di un punto di vista “interno” contrapposto ad uno “esterno”<sup>4</sup>.

---

*European Regulatory Private Law? Stakes and perspectives*, in *Revue internationale de droit économique*, 2018, 123; BELLANTUONO, *Contract law and regulation*, in *Comparative Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2017; OSMOLA, *Corrective Justice, Freedom of Contract, and the European Contract Law*, in *AVANT Pismo Awangardy Filozoficzno-Naukowej*, 2019, 159; CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *European Law Journal*, 2020, 27; HEDLEY, *Private Law Theory: The State of the Art* (September 5, 2021), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3917777>. Nella dottrina italiana, v. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 37; NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 134, e soprattutto ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, ed *ivi* altre citazioni.

<sup>2</sup> SCHMID, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 211; MICHAELS, *Of islands and the ocean: the two rationalities of European private law*, in BROWNSWORD e altri, *The Foundations Of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, 139; BROWNSWORD, *After brexit: regulatory-instrumentalism, coherentism, and the English law of contract* in *Journal of Contract Law*, 2017, 139; PAPAYANNIS, *El derecho privado como instrumento de la política pública*, in *Ars interpretandi*, 2021, 57.

<sup>3</sup> V. ad es., DAGAN, *Between Regulatory and Autonomy Based Private Law*, in *European Law Journal*, 2016, 644. Il ricorso alla metafora è comunque piuttosto frequente, v. ad es. anche ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 185.

<sup>4</sup> L’attuale contrapposizione tra un punto di vista interno ed uno esterno, recupera la rigorosa visione relazionale del diritto privato presente in autori come WEINRIE, *The Idea of Private Law*, Cambridge, MA, 1995 o COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, New York, 2001, ma in parte modifica il quadro, (v. GOLDBERG, ZIPURSKY, *Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties*, in *Fordam Law Review*, 2006, 1563; ZIPURSKY, *Legal Obligation and the Internal Aspect of Rules*, in *Fordham Law Review*, 2006, 1229) e per certi versi lo complica fino al tentativo, che molti considerano caratteristico della c.d. *New Private Law* (su cui GOLD, *Internal and External Perspectives: On the New Private Law Methodology*, in GOLD e altri, *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York, 2021; MILLER, POJANOWSKI, *The Internal Point of View in Private Law*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2022, 247), di coordinare i due punti di vista (interno ed esterno).

In questo lavoro utilizzerò due locuzioni, più sinteticamente descrittive, e contrapporrò il diritto privato “relazionale” (quello orizzontale, interno, che considera rilevanti solo le posizioni delle due parti e vuole ottimizzare la disciplina del loro rapporto in base a criteri di giustizia commutativa) al diritto privato “regolatorio” (quello verticale, esterno, che disciplina i rapporti tra le parti in modo da raggiungere finalità generali che riguardano l’intera società).

## 2. Due logiche potenzialmente contraddittorie

Le varie impostazioni, cui ho accennato nel paragrafo precedente, tendono a mettere in ombra un punto che mi sembra invece molto importante, e cioè il fatto che la distinzione tra diritto privato relazionale e diritto privato regolatorio evoca due logiche entrambe potenzialmente presenti in tutto il diritto privato contemporaneo e non, come a volte la dottrina sembra pur ritenere, due insiemi di norme relativamente separate<sup>5</sup>.

Nessuna delle due logiche (secondo necessario chiarimento) può essere totalmente delegittimata. Le due prospettive sono destinate a convivere. L’idea che tutto il diritto privato possa essere ricostruito sulla base di logiche esclusivamente relazionali, oppure di logiche esclusivamente regolatorie, è impraticabile.

Credo, infine, che non sia possibile confinare i problemi nascenti dalla convivenza tra diritto privato relazionale e regolatorio al solo livello della ricerca di un adeguato coordinamento dei rispettivi ambiti di applicazione<sup>6</sup>.

Occorre prendere invece atto che le due logiche, distinte e tendenzialmente contraddittorie, sono potenzialmente utilizzabili nell’interpretazione di qualsiasi norma e possono spingere la disciplina delle varie fattispecie in direzioni diverse e, a volte, inconciliabili.

---

<sup>5</sup> Ha una certa diffusione in Europa l’opinione che vede nel diritto prodotto a livello di Unione Europea il veicolo attraverso cui il diritto regolatorio penetra nei diritti, relazionali, dei singoli stati (v. ad es. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 37, 39, che definisce come diritto privato regolatorio “... quella parte della normativa che si pone fuori del codice civile e di origine comunitaria che corregge l’autonomia privata, rendendola funzionale agli obiettivi della tutela dell’integrità del mercato, e che si esplica, per l’appunto, nei settori regolamentati”). In realtà la contrapposizione tra le due logiche è presente in tutti gli ordinamenti occidentali (come dimostra la varia provenienza della dottrina ricordata nelle note del paragrafo precedente). A puro titolo di esempio, ricordo che già diversi anni fa due illustri studiosi del diritto contrattuale (SCHWARTZ, SCOTT, *Contract theory and the limits of contract law*, in *Yale L. Journal*, 2003, 541) constatavano, con riferimento agli Stati Uniti, che la disciplina dei rapporti professionisti – consumatori non va considerata parte del diritto contrattuale privato, ma “*consumer protection law*”.

<sup>6</sup> Per la descrizione di alcuni dei possibili modelli di coordinamento tra norme relazionali e norme regolatorie, v. CHEREDNYCHENKO, *Islands and the ocean: Three models of the relationship between EU market regulation and national private law*, in *The Modern Law Review*, 2021, 1294.

Prima di riprendere il filo del discorso generale, vorrei chiarire questo punto fondamentale ricorrendo ad un paio di esempi.

Il primo tocca un aspetto rilevante della concezione della responsabilità civile e riguarda il tema dei c.d. risarcimenti punitivi.

L'accettazione della possibilità di legittime liquidazioni di danni di entità superiore a quella necessaria per compensare le vittime, viene spesso razionalizzata invocando la c.d. poli – o multi – funzionalità della responsabilità civile<sup>7</sup>, che avrebbe, nel nostro come in altri ordinamenti, funzioni diverse: compensatoria, deterrente, afflittiva, ecc.<sup>8</sup>.

Questa visione in qualche modo consolatoria (il sistema non perde la sua coerenza, diventa semplicemente multilaterale o pluralista) in realtà, a mio avviso, non regge<sup>9</sup>.

Compensazione, deterrenza, ecc. sono effetti. Per farle diventare funzioni occorre il coerente inserimento in un quadro sensato di obiettivi. La deterrenza, che è un effetto comunque presente anche in un sistema in cui l'unico danno risarcibile è quello corrispondente alla disutilità subita dalla vittima (e nulla più), diventa invece una funzione se si adotta la prospettiva politico-economica di una responsabilità civile usata per scoraggiare una, o altra, attività che la società non intende vietare del tutto.

L'adozione di quest'ultima prospettiva, non comporta solo la possibilità che il criterio della deterrenza possa entrare, in singoli casi, in rotta di collisione con il criterio della compensazione<sup>10</sup>. Comporta in realtà l'adozione di un intero apparato concettuale in cui le nozioni fondamentali dell'istituto della responsabilità civile acquisiscono significati

<sup>7</sup> Il riferimento è diffuso in dottrina e si trova puntualmente in Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 pubblicata, ad es., in *Resp civ. prev.*, 2017, 1198.

<sup>8</sup> In realtà, per gli stessi risarcimenti punitivi (“... etichetta di per sé davvero troppo comprensiva, ed inevitabilmente ambigua...” come dice SCOGAMIGLIO, *Le prospettive di sviluppo del problema dei “risarcimenti punitivi”*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 26) si può immaginare lo svolgimento di diverse funzioni (nel suo lavoro del 2005 dedicato all'argomento, Calabresi contava almeno cinque funzioni dei danni punitivi, CALABRESI, *The Complexities of Torts: The case of Punitive Damages*, in Madden, *Exploring Tort Law*, 2005, 346 s.). Qui non è possibile fare troppe distinzioni e nel testo mi riferirò a quella che mi sembra divenuta con il tempo la più caratteristica, e cioè la funzione di calibrare un'adeguata deterrenza di certi comportamenti potenzialmente dannosi (in particolare, quelli difficili da scoprire) che, in una prospettiva di puro risarcimento del danno di volta in volta arrecato, possono apparire all'autore addirittura convenienti.

<sup>9</sup> Per altri rilievi e citazioni rinvio a DENOZZA, *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, in BELLANTUONO, IZZO, *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, Università di Trento, *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 2022, 55.

<sup>10</sup> Chi afferma la polifunzionalità, o il pluralismo, del sistema di responsabilità civile dovrebbe darsi immediatamente carico di rispondere ad una lunga serie di interrogativi. Nella esemplificazione di ROBINETTE, *Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, 329, 330: “Do the plural rationales work together as a seamless whole? Do the rationales conflict? If they conflict, how does one choose among them? Does the entire system devolve into adjudicative relativism, whereby a judge has no rational basis for choosing among the rationales in the case of a conflict? To summarize, if a pluralist theorized about the tort system, what would he or she say?”.

completamente diversi da quelli che hanno nella tradizionale concezione compensatoria e commutativa.

Il discorso potrebbe essere molto complesso, ma ai nostri fini basterà qualche cenno. Nella prospettiva relazionale – compensatoria il ricorso ad una visione causalistica è fondamentale. Solo se si è stabilito che qualcuno ha invaso illegittimamente la sfera di un altro si può coerentemente stabilire che quest’ultimo deve essere compensato dal primo. Nella prospettiva strumentale – deterrente, si nega, invece, l’esistenza di un rapporto di causalità rilevante. Si constata che due attività (allevamento del bestiame e coltivazione del suolo, per ricordare uno dei celebri esempi di Coase<sup>11</sup>) interferiscono e ci si pone il problema di quanto possa essere utile scoraggiare più l’una o più l’altra. L’esito di questo giudizio, non il rapporto di causalità, decide se, chi e quanto deve essere risarcito. Il risarcimento al “danneggiato” non è né scontato, né necessariamente dovuto in maniera integrale.

Quanto alla sanzione, questa, nella concezione relazionale – compensatoria, serve a compensare i danneggiati in tutti i casi in cui non si è riusciti ad evitare che persone ragionevoli compiano illeciti. Nella prospettiva strumentale – deterrente serve invece a segnalare a persone razionali quali sono gli illeciti che è conveniente compiere, e quali sono quelli che non devono essere compiuti i quanto troppo “cari”.

Quanto infine al danno, dal punto di vista relazionale, esso coincide e con l’ingiuria inflitta alla sfera di libertà e autonomia dell’individuo. Nella visione regolatoria i singoli individui, e i loro danni, non contano come tali, ma solo come addendi di un totale generale, il c.d. benessere complessivo.

Il secondo esempio è più specifico e riguarda la direttiva c.d. PSD2 (Direttiva 2015/2366 del 25 novembre 2015) che stabilisce, con riferimento a certi pagamenti, che quando il pagamento sia disconosciuto dal cliente, l’intermediario debba provare che l’operazione in questione è stata approvata con una procedura che ha richiesto, a chi la ha autorizzata, l’utilizzazione di un doppio fattore di autenticazione, la c.d. SCA (cioè l’autenticazione forte realizzata utilizzando due strumenti di accesso – spesso due *password* – prodotti in due modi diversi e indipendenti l’uno dall’altro). In assenza di tale prova il cliente non sopporta alcuna perdita, neppure in caso di sua colpa grave<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1.

<sup>12</sup> Così descrive efficacemente la disciplina PAGLIETTI, *Restitution and Liability in the Multilevel Regulatory Framework of Unauthorized Digital Payment Transactions*, in *European Review of Private Law*, 2022, 30: “... in the event of failure to adopt a two-factor authentication system (made essential by Art. 97), the user’s liability is also excluded even when acting intentionally or with gross negligence; here liability attaches only when acting fraudulently (Art. 74, para. 2). In such a case, the ‘imposition’ of liability stems from an intention to sanction (the guilty party who acted in breach of an obligation) rather than to obtain reimbursement, thereby emphasizing the regulatory dimension of civil liability”. In argomento v. anche KJØRVEN, *Who pays when things go wrong? Online financial fraud and consumer protection in Scandinavia and Europe*, in *European Business Law Review*, 2020, 31.

In questo quadro normativo, una delle fattispecie che solleva maggiori dubbi è quella in cui un truffatore riesce (in genere spacciandosi per dipendente dell'intermediario) a guadagnare la fiducia del cliente ed a farsi comunicare da quest'ultimo le *password* necessarie al compimento delle varie operazioni. Nel caso in cui l'intermediario non riesca a dare la prova della ricorrenza nella specie della doppia autenticazione ci si chiede se del danno debba rispondere l'intermediario stesso, oppure, considerata la sua colpa grave, il cliente.

In casi come questo il problema sorge dal fatto che la falla nel sistema dell'intermediario, che non ha richiesto la doppia autenticazione, non ha avuto nessuna incidenza causale sul sinistro. Si potrebbe dire, paradossalmente, che se anche le autenticazioni fossero state tre, o quattro, o più, il danno si sarebbe prodotto in ogni caso, posto che comunque il cliente, caduto in balia del truffatore, avrebbe verosimilmente continuato a trasmettergli tutti i dati necessari ad effettuare l'operazione.

È evidente che qui la prospettiva privatistica e quella regolatoria confliggono apertamente. Nella visione orizzontale, focalizzata sul rapporto tra i due soggetti, il ragionamento svolto pocanzi in ordine all'irrilevanza delle modalità di autenticazione può avere un ruolo addirittura decisivo, nel senso di imporre una conclusione che, valorizzando la colpa gravissima del cliente, finisca per non dare rilevanza all'assenza della SCA.

Dal punto di vista regolatorio, la questione può apparire invece in una luce molto diversa. La norma può essere letta come istitutiva di una forma di sanzione nei confronti degli intermediari che non organizzano un valido e sistematico meccanismo di autenticazione a due fattori. Sanzione che potrebbe apparire tutt'altro che persecutoria ed eccessiva, se si considera che la mancata introduzione di un rigoroso sistema di SCA rappresenta nell'immediato un risparmio di costi materiali, e magari anche un alleggerimento degli oneri di autenticazione, e conseguenti fastidi, imposti ai clienti, elementi che possono facilmente concorrere ad un aumento dei guadagni dell'intermediario.

Considerato, poi, che l'assenza di un sistema di SCA diventa rilevante in un numero relativamente limitato di casi problematici ed è (almeno a fini privatistici) irrilevante nella stragrande maggioranza delle operazioni regolari andate a buon fine, l'elevato numero dei casi in cui l'intermediario ha la possibilità di sfuggire a responsabilità può indirizzare i suoi calcoli di convenienza nella perversa direzione di preferire un guadagno immediato, accompagnato da un relativamente modesto rischio futuro, al costo certo che deriverebbe dall'istituzione di un efficace sistema di SCA.

La decisione di tenere l'intermediario responsabile anche quando il suo inadempimento è stato causalmente irrilevante ai fini della produzione del danno, considerata nella prospettiva da ultimo descritta, non ha perciò nulla di anomalo. Si muove anzi all'interno di una logica ben consolidata, e su un modo di fare calcoli e previsioni che, nell'ambito degli interventi regolatori, è ovvio ed abituale.

### 3. Un inquadramento generale: la distinzione tra *principle* e *policy*

Chiarita la natura, e l'entità, dei problemi creati dalla presenza delle due logiche di cui ci stiamo occupando, vorrei ora tentare di riesaminare i termini generali della questione.

A mio avviso, le varie contrapposizioni da cui siamo partiti (orizzontale-verticale; interno-esterno; rispetto dell'autonomia delle parti e ottimizzazione del rapporto interindividuale – appropriata incentivazione e ottimizzazione del risultato complessivo; giustizia commutativa – efficienza e/o giustizia distributiva, ecc.) fanno riferimento ad elementi caratterizzanti, ed a fattori di distinzione, la cui precisa identità e portata non risulta sempre chiarissima, che, per di più, si intrecciano spesso gli uni con gli altri, creando un quadro nel complesso abbastanza confuso. La matassa che ne risulta è troppo complicata per potere essere compiutamente sbrogliata in questa sede.

Qui mi limito ad indicare la possibilità che un altro schema, in grado di inquadrare meglio il fenomeno che abbiamo di fronte, possa essere ricavato, con le opportune elaborazioni, dalla tesi proposta (in verità a tutt'altri fini<sup>13</sup>) da Ronald Dworkin, che distingue tra “*policy*”, definita come “... *that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community*” e “*principle*”, “... *a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*”. Per cui, esemplificando: “... *the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit from his own wrong is a principle*”<sup>14</sup>.

La tesi, calata nel presente contesto, richiede alcune elaborazioni<sup>15</sup>.

Una prima considerazione è che lo schema non va interpretato come basato su una contrapposizione assoluta, ma come una distinzione tra due punti di vista che ben possono intrecciarsi. La scelta tra diverse possibili *policy* ben può essere guidata anche da considerazioni di giustizia, così come la scelta dei modi e limiti con cui viene affermato un *principle*, ben può essere guidata non solo da considerazioni di giustizia, ma anche da considerazioni attinenti agli effetti che un certo tipo di protezione può avere sul bene co-

---

<sup>13</sup> Come è noto, la distinzione cui si accenna nel testo venne elaborata da Dworkin (v. cit. alla nota seguente) per risolvere problemi di teoria generale dell'interpretazione. Sulla possibilità di utilizzare a questo fine la distinzione, esiste un rilevante e risalente dibattito. V. ad es., in senso critico, SCHAUER, *On The Relationship Between Law and Legal Reasoning*, in *New Essays on the Nature of Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2021 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3752911>).

<sup>14</sup> DWORKIN, *The model of rules*, in *U. Chi. L. rev.*, 1967, 14, 23; v. anche DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, MA, 1986, 221 e *passim*.

<sup>15</sup> Alcune delle osservazioni che seguono ricalcano precisazioni presenti già nel pensiero di Dworkin (v. *Law's Empire*, cit., 243, 310, 338). Per un riepilogo dei problemi che la distinzione solleva, v., nella dottrina più recente, TUORI, *Principles and policies: once more*, in *The Quest for Rights*, Edward Elgar Publishing, 2019, 215. Con riferimento al diritto privato, PLUNKETT, *Principle and policy in private law reasoning*, in *The Cambridge Law Journal*, 2016, 366; JAFFEY, *Policy and principle and the character of private law*, in *Jurisprudence*, 2020, 387.

mune. La schematizzazione delle due diverse prospettive che il legislatore può adottare quando decide di disciplinare una certa situazione resta importante, ma non va intesa nel modo rigido di due strade che non si intrecciano mai.

Un secondo punto meritevole di segnalazione è che l'adozione dell'una o dell'altra prospettiva non va immaginata come condizionata da fattori estrinseci, ma va intesa come frutto essa stessa di una scelta in ordine alle situazioni che si ritiene debbano essere governate da obiettivi di giustizia, e situazioni che si ritiene debbano essere governate da obiettivi pratici. Il riferimento ai principi non deve evocare il riconoscimento di diritti immaginati sostanzialmente come naturali, o come meccanicamente derivabili da certe premesse attinenti alla natura (relazionale, orizzontale, ecc.) e ai compiti (garantire uguale libertà, giustizia commutativa nelle relazioni, ecc.) del diritto privato. La contrapposizione tra *principle* e *policy* indica qui il semplice fatto che a seconda delle diverse situazioni, e delle diverse concezioni di volta in volta dominanti, si può ritenere che una certa serie di problemi vada inquadrata in un sistema di principi e diritti, oppure vada affrontata con l'elaborazione di opportune politiche.

Il terzo punto riguarda le implicazioni della scelta dell'una o dell'altra prospettiva. Al contrario di quello che sembra emergere in alcune estreme formulazioni (specialmente quelle che contrappongono il rispetto di autonomia, e giustizia commutativa, al perseguimento di fini imposti dall'esterno) non credo che la decisione di ricorrere a *principle* anziché a *policy* abbia di per sé un valore decisivo in ordine alla scelta del tipo di società che si intende costruire.

In realtà entrambi i diritti, sia quello regolatorio, sia quello relazionale, possono assumere connotazioni molto diverse tra loro ed evocare modelli di società addirittura opposti.

Ciò è evidentissimo per la prospettiva regolatoria, che può orientarsi verso la massimizzazione dell'efficienza, oppure verso la realizzazione di forme di giustizia distributiva, o verso la soluzione equitativa di specifici problemi, ecc. Non è però meno vero con riferimento al diritto relazionale. Qui il discorso è più complicato, ma come ho cercato di argomentare più ampiamente altrove<sup>16</sup>, i pilastri che dovrebbero definire le caratteristiche di questo diritto non sono in realtà meno mobili dei fini che possono ispirare il diritto regolatorio. Il concetto di autonomia è un *essentially contested concept* mentre quello di giustizia commutativa è, per quanto interessa noi qui, un concetto sostanzialmente vuoto. Si tratta di riferimenti concettuali che, nonostante siano stati spesso presentati come immediata espressione di una specifica concezione (in senso ampio, liberale), devono essere in realtà riempiti, e solo la riflessione in ordine a quale sia il tipo di società che si intende realizzare può suggerire gli appropriati contenuti.

Tirando le somme del discorso, la contrapposizione che propongo, adattando lo schema originariamente elaborato da Dworkin, dà anzitutto un preciso contenuto alla

---

<sup>16</sup> DENOZZA, *Disciplina del contratto e "non-moral goods"*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2022, I, 367.



diversità tra la logica che ispira il diritto privato relazionale (basato su principi e diritti) e quella che ispira il diritto privato regolatorio (orientato dal perseguimento di specifici obiettivi di *policy*). Ritieni però che il ricorso all’una o all’altra impostazione, per quanto differenti esse siano, non implichi alcuna definitiva scelta in favore di una o di altra visione generale della società e non sia imposta da condizionamenti esterni (la necessità di riconoscere diritti, o altre situazioni, presunte naturali) ma dipenda semplicemente da valutazioni attinenti alla disciplina che si ritiene più appropriata nelle singole situazioni di volta in volta rilevanti.

#### 4. *Principle e policy nell’interpretazione della disciplina antitrust...*

Possiamo tornare al tema del rapporto tra diritto privato e mercato. Vorrei ora utilizzare lo schema delineato nel paragrafo precedente per sostenere l’esistenza di una tendenza, che ha investito anche le materie su cui si è concentrata l’attenzione del convegno, a ridurre il ricorso a discipline basate su principi, per privilegiare invece discipline ispirate da obiettivi di *policy*.

Cominciamo dal diritto *antitrust*, che alcuni decenni fa venne definito come “*a comprehensive charter of economic liberty*”<sup>17</sup> il cui scopo era immaginato come quello di assicurare una piena realizzazione dei valori di libertà connessi ad un certo modello di mercato concorrenziale.

Questa concezione del diritto *antitrust*, che fa riferimento a valori, e che è potenzialmente orientata alla creazione di diritti, è stata soppiantata, nel corso degli ultimi quattro o cinque decenni, da una concezione in cui questo obiettivo (realizzare i valori considerati tradizionalmente propri del mercato concorrenziale) è stato progressivamente sostituito da obiettivi di *policy* quali principalmente la massimizzazione del c.d. *consumer welfare*<sup>18</sup>, o la promozione dell’innovazione attraverso la promozione della concorrenza c.d. dinamica<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972): “*Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise*”.

<sup>18</sup> BORK, *The antitrust paradox: A policy at war with itself*, The Free Press, 1993 [1973], 51. Ho criticato questa impostazione in vari lavori (v. ad es. DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1/2017, e, già prima, in ID., *Intellectual Property and Refusal to Deal: ‘Ad Hoc’v.’ Categorical’Balancing*, in GAGGIANO e altri, *Competition Law And Intellectual Property*, Wolters Kluwer, 2012, 259; ID., *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057). Con specifico riferimento al diritto europeo v. DENOZZA, TOFFOLETTO, *Contro l’utilizzazione dell’“approccio economico” nell’interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 563.

<sup>19</sup> La tutela della c.d. concorrenza dinamica (su cui v. tra i tanti LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014, 35 ss.; ID., *Economia e politica nel diritto antitrust*, in SACCHI, TOFFOLETTO, *Esiste uno stile giuridico neoliberale?*, *Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano,

Il prevalere di queste concezioni ha finito per favorire la diffusione di una visione del diritto *antitrust* come strumento non più per garantire la massima libertà per tutti, ma per calmierare i prezzi e per favorire un certo tipo di crescita. La differenza tra queste due visioni, in sostanza tra un diritto *antitrust* concepito come *policy* e uno concepito come *principle*, si riflette su un'ampia serie di questioni.

La concezione dell'*antitrust* come *policy* favorisce la focalizzazione dell'attenzione sull'analisi, caso per caso, degli effetti che la singola pratica può produrre. L'assetto strutturale generale dei mercati è ignorato, o è oggetto di minor considerazione, sia dal punto di vista analitico (esistenza di barriere all'ingresso, prospettive evolutive complessive, ecc.) sia dal punto di vista normativo (la minore importanza attribuita alla libertà di scelta dei consumatori porta inevitabilmente con sé una minor considerazione per gli elementi strutturali)<sup>20</sup>.

A ciò si aggiunga che un diritto *antitrust* votato alla protezione di diritti è portato a considerare come senz'altro illecite le pratiche che possono violare il nucleo centrale di un diritto, anche a prescindere dagli effetti eventualmente benefici che tali pratiche potrebbero avere su altri piani. Nascono da questa considerazione i c.d. divieti *per se* che erano ampiamente presenti nel diritto *antitrust* tradizionale e che la concezione del diritto *antitrust* come *policy* tende invece ad eliminare, ritenendoli potenziali fonti di inefficienze.

---

2019, 137) si presenta come *policy*, e non come *principle*, in quanto non è ispirata dal perseguimento di valori, ma da una prospettiva (di tipo sostanzialmente schumpeteriano) che propone di consentire alle imprese il godimento di posizioni monopolistiche, nella misura in cui ciò possa favorire l'innovazione. Si tratta in sostanza di un baratto tra equilibrio e sviluppo. I problemi che allora si pongono, e che solo bilanciamenti di tipo politico possono risolvere, sono, ad esempio, quale è il tasso di innovazione ottimale per la società nel suo complesso, e a quanto ammontano i premi in termini di solidità ed estensione delle posizioni monopolistiche (e conseguenti rendite) che è opportuno riconoscere agli innovatori per incoraggiarli a compiere una certa quantità di nuove invenzioni? Quanti sacrifici, in termini di minore concorrenza, sono necessari per ottenere un certo risultato in termini di sviluppo? Chi, e in base a quali criteri, decide quanti sacrifici sono necessari? Come devono essere ripartiti i relativi costi?

Molti problemi nascono dal fatto che l'idea di incrementare l'innovazione consentendo alle imprese di affrancarsi dalla concorrenza è un'arma a doppio taglio. In generale una protezione contro la concorrenza può fino ad un certo punto incentivare le imprese ad innovare per godere del premio, ma da un certo punto in poi, se il premio è troppo grande, può disincentivare innovazioni da parte delle altre imprese, e anche ulteriori innovazioni da parte della stessa impresa innovatrice, indotta ad evitare altri rischi e a godersi invece la sua rendita di monopolio (HARRIS, HOWITT, VICKERS, *Competition, imitation and growth with step-by-step innovation*, in *The Review of Economic Studies*, 2001, 467).

<sup>20</sup> Per una migliore illustrazione di questi aspetti, v. DENOZZA, *Consumer welfare e shareholder value: le comuni radici, i limiti e i difetti di due teorie neoliberali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, 587, 608 ss.

In questa prospettiva va inquadrato anche l’ambiguo (almeno in Europa) successo del famigerato criterio del c.d. *As efficient competitor test*<sup>21</sup>, che, in nome di una male intesa politica di promozione dell’efficienza, vorrebbe privare della protezione contro le pratiche abusive delle imprese dominanti i concorrenti che sono meno efficienti di tali imprese. A parte la discutibile prospettiva generale in cui si inquadrano le ragioni a sostegno di questa impostazione<sup>22</sup>, a parte, anche, la sostanziale miopia da cui essa è affetta (l’impresa meno efficiente potrebbe essere l’agguerrito concorrente di domani<sup>23</sup>, cosa che non diverrà mai se viene, per così dire, strozzata nella culla), il punto qui centrale è che la visione in termini non di *policy*, ma di diritti, imposta il problema in termini completamente diversi, e si interroga sulla esistenza di una legittima pretesa a non essere vittima di abusi che tutti, anche i meno efficienti, possono ugualmente vantare.

Per molti aspetti si può dire che il diritto *antitrust*, quando concepito come una *policy*, cessa di proteggere la concorrenza<sup>24</sup>, intesa come uno stato ideale in cui importanti valori trovano la loro realizzazione, e si dedica invece ad indirizzare la rivalità tra oligopolisti verso il perseguimento di politiche di efficienza.

Anche sul piano di sanzioni e rimedi è facile notare le differenze. Nella prima concezione, quella in cui le norme *antitrust* sono norme di principio, colui che viola le regole del gioco non è semplicemente uno che magari rallenta un po’ la realizzazione di qualche obiettivo politico, ma è un ladro che si appropria di qualcosa che sottrae ad altri, e su cui non ha alcun diritto (questa è la ragione per cui in molti ordinamenti chi si comporta in questo modo non solo risarcisce i danni, ma può andare incontro a sanzioni penali).

Anche il recente dibattito svoltosi nel nostro ordinamento in ordine alla sorte dei contratti stipulati a valle di intese ed abusi, evoca questa differenza di visioni. Accantonata la teoria che fa riferimento alla distinzione tra norme di comportamento e norme di validità<sup>25</sup>, il problema realmente rilevante è quello di capire quali sono gli interessi in gioco nell’interpretazione dell’art. 1418, 1, cod. civ. di capire, in particolare, quale sia l’interesse che si contrappone a quello (che spinge verso la conservazione del contratto) alla protezione dell’interesse alla sicurezza dei traffici. Se si immagina che questo interesse sia solo quello a non ostacolare una certa *policy*, il quadro che emerge è ben diverso da quello che si presenta là dove l’interesse leso dalla conservazione del contratto sia pre-

<sup>21</sup> POSNER, *Antitrust Law*, 2<sup>a</sup> ed., Chicago, 2001, 193 ss.

<sup>22</sup> Sulle implicazioni filosofico economiche di questa questione, v. ora GRILLO, *Market competition, efficiency and economic liberty*, in *International R. of Econ.*, 2023, 1.

<sup>23</sup> PEZZOLI, *L’abuso di dipendenza economica e la concorrenza. Analisi economica di un ibrido*, in COLANGELO, MINERVINI, *La nuova stagione dell’abuso di dipendenza economica*, Bologna, 2023, 137, 138.

<sup>24</sup> Che in effetti deve cambiare nome e diventare massimizzazione del *consumer welfare*, concorrenza dinamica, ecc.

<sup>25</sup> Per una critica radicale della teoria e della sua applicazione all’*antitrust v. DENOZZA, Principle vs Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale “regolatoria”*, in *Nuova giur. comm.*, 2022, 670 ss.

sentato come quello a rimuovere gli effetti della violazione di un diritto e a disincentivare comportamenti contrari a fondamentali principi<sup>26</sup>.

## 5. ... e della disciplina del potere di mercato e contrattuale

Quanto alla disciplina dell'abuso di potere contrattuale, cominciando dal tema della dipendenza economica, possiamo rilevare che mentre la prospettiva relazionale indirizza la ricerca dello scopo della disciplina sul terreno dell'autonomia delle parti, la prospettiva regolatoria suggerisce di cercare i possibili obiettivi tra quelli inerenti alla protezione di certi assetti del mercato o di certi settori economici. Nella prima prospettiva la libertà di operare consapevoli scelte è il riferimento centrale. Nella seconda, anche pattuizioni concordate in maniera pienamente volontaria potrebbero risultare in contrasto con i fini politici perseguiti, ed essere perciò coerentemente vietate e sanzionate.

Un chiaro punto di emersione della differenza tra queste due prospettive riguarda la rilevanza da attribuire alla distinzione tra la situazione anteriore alla conclusione del contratto e quella posteriore<sup>27</sup>.

Una tutela finalizzata alla difesa di libertà, che deve ovviamente massimizzare l'autonomia di *entrambe* le parti, non può spingersi fino al punto da proteggerne una (per debole che sia) anche contro gli effetti per lei negativi delle clausole di un contratto che ha consapevolmente sottoscritto in condizioni in cui godeva di una sufficiente possibilità di rivolgersi ad altre controparti.

Con ciò non intendo affatto affermare che abbiano torto coloro che ritengono applicabile il divieto anche alle vicende precontrattuali, e agli atti cui la parte debole ha bensì acconsentito, ma in situazioni di scelta limitata o di c.d. asimmetria informativa<sup>28</sup>. Sostengo, invece, che il riferimento all'autonomia non è in grado di giustificare una dilatazione della protezione oltre certi limiti e che un tale eventuale allargamento può essere giustificato solo con l'evocazione di adeguate ragioni di *policy*.

Per restare all'esempio più semplice, quello delle asimmetrie informative, io non credo che la difesa dell'autonomia possa giustificare la protezione contro la volontaria accettazione di una clausola (ad es., una possibilità di recesso *ad nutum*) che chiunque percepisce immediatamente come idonea a mettere in pericolo il recupero degli eventuali investimenti idiosincratici che la natura del rapporto può richiedere di effettuare.

<sup>26</sup> Trovo, per questa ragione, convincente e coerente il ragionamento con cui Cass. civ. S.U. 30.12.2021, n. 41994 ha fatto riferimento all'ordine pubblico economico per giustificare la sua conclusione favorevole alla nullità.

<sup>27</sup> Sul punto insiste in particolare, PEZZOLI, nt. 23.

<sup>28</sup> V. ancora PEZZOLI, nt. 23, 143 s. e in particolare BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2021, I, 8.

Forse neanche la difesa della concorrenza potrebbe giustificare la protezione contro una simile ingenuità (vale la pena difendere la sopravvivenza di imprenditori che non sono in grado di fare un semplice calcolo previsionale?)<sup>29</sup>. Forse esistono altri obiettivi politici che sono invece in grado di offrire valide giustificazioni<sup>30</sup>. Il punto che mi limito a ribadire è che queste ragioni non possono essere trovate nella difesa dell'autonomia.

L'ultimo tra i temi su cui vorrei soffermarmi riguarda gli obblighi di trasparenza. Come è ben noto, l'introduzione di questi obblighi, e l'eccezionale importanza loro attribuita, sono state giustificate sia con argomenti che fanno riferimento a logiche di tipo relazionale, sia con argomenti di tipo regolatorio.

I primi evocano la solita tematica delle parti deboli e l'opportunità di metterle in grado di esercitare la loro autonomia intesa non in senso formale, come semplice assenza di vincoli, ma in senso sostanziale, come disponibilità dei mezzi (qui le informazioni) necessari per potere assumere decisioni effettivamente consapevoli<sup>31</sup>.

Gli argomenti di tipo regolatorio si basano invece sulla nota teoria (tratta dal caso, analizzato da Akerlof, della vendita di auto usate<sup>32</sup>) che vede nell'asimmetria informativa esistente tra le due parti un potenziale fattore distruttivo del mercato<sup>33</sup>. Qui il fine ultimo della disciplina invece di essere la protezione delle parti deboli (questione di principio), è il buon funzionamento del mercato (questione di *policy*), ma il risultato è sostanzialmente lo stesso.

---

<sup>29</sup> Si tratta anche di vedere (come rileva MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 141, n. 21) quale sia l'idea di concorrenza che si ritiene rilevante. Un conto è identificare la concorrenza con la massima apertura del mercato, altro conto è identificare la concorrenza con l'efficienza allocativa. Al tema, a mio avviso fondamentale, delle diverse idee di concorrenza dedicherò i prossimi paragrafi di questo lavoro.

<sup>30</sup> Una possibilità che andrebbe ulteriormente approfondita riguarda la possibile esistenza di un problema di azione collettiva: il massimo sfruttamento delle controparti contrattuali che ciascuna impresa “forte” mette in atto nel proprio individuale interesse, corre il rischio di innescare processi distruttivi dei mercati a monte o a valle, con potenziale danno per tutte (un mercato popolato da imprese che subiscono il potere delle controparti, e si reggono solo sull'ipersfruttamento di tutte le loro risorse, è un mercato ovviamente instabile; ad es., una diminuzione del tasso di disoccupazione può rendere impossibile l'ipersfruttamento dei lavoratori dipendenti e provocare la temporanea scomparsa dell'intero mercato).

<sup>31</sup> Per usare le parole del più recente ed agguerrito sostenitore di questa tesi, il diritto privato deve essere compreso come volto a promuovere “... *individual autonomy as self-determination (rather than independence) and thus to substantive (not formal) equality*”, Dagan, nt. 3, 645). V. anche HESSELINK, *Reconstituting the Code of Capital: Could A Progressive European Code of Private Law Help us Reduce Inequality and Regain Democratic Control?*, in *European Law Open*, 2022, 316, che parla di una ‘*strongly materialised conception of private autonomy*’.

<sup>32</sup> AKERLOF, *The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488.

<sup>33</sup> L'obbligo, posto a carico della parte informata, di rivelare le informazioni che possiede, consente all'altra parte di proporzionare la sua offerta alla qualità effettiva del prodotto, e previene l'eventualità che il mercato sia distrutto dal fatto che nessuno è disposto ad offrire prezzi maggiori per prodotti la cui vantata migliore qualità non può essere da lui accertata.

Questo quadro di relativa armonia è oggi improponibile. La disciplina della trasparenza si trova in realtà a confrontarsi con possibili interventi che non sono razionalizzabili con la teoria delle asimmetrie informative, e ad affrontare situazioni in cui la prospettiva privatistica e quella regolatoria spingono verso soluzioni confliggenti.

Non sono in grado qui di dimostrare compiutamente questa tesi. Mi limiterò ad illustrare una di queste situazioni, quella relativa ai mutui in valuta, che esaminerò con riferimento alla decisione assunta al riguardo dalla Corte di Giustizia<sup>34</sup> in relazione alla vicenda francese<sup>35</sup>.

La Corte parte ribadendo anzitutto un punto già chiarito nei suoi precedenti, e cioè che il dovere di trasparenza impone che le informazioni fornite dal professionista siano adeguate non solo dal punto di vista della loro chiarezza e completezza formale, ma da un punto di vista sostanziale. Esse devono essere cioè tali da consentire alla parte debole di valutare esattamente gli effetti economici dell'operazione che sta andando a compiere.

Qui, in verità, già si afferma un principio che a mio avviso il modello delle asimmetrie informative fa fatica a giustificare. A me sembra, infatti, che nel modello di Akerlof il contraente forte deve fornire le informazioni che egli, grazie alla sua posizione, possiede in esclusiva, e che l'altra parte non potrebbe procurarsi agevolmente in nessun altro modo. Il principio di cui si è detto, così come formulato dalla Corte, sembra implicare, invece, che il professionista debba fornire, se del caso, anche informazioni che l'altra parte potrebbe procurarsi da sola. In effetti se devono essere fornite anche informazioni basilari sul funzionamento dei rapporti di cambio tra le monete, e sulle implicazioni delle loro variazioni<sup>36</sup>, informazioni che sono in pratica alla portata di tutti, siamo ben lontani dal caso del venditore della automobile usata che ha informazioni assolutamente esclusive (private, come si usa dire) sulle qualità del prodotto che vende.

Per di più, mi sembra che la Corte stia finendo per dare sempre maggiore importanza non solo, e non tanto, alla veridicità e completezza delle informazioni fornite, ma anche al modo in cui vengono trasmesse. Sembra infatti di capire che la parte più informata non può limitarsi a fornire notizie, ma deve organizzare una presentazione completa,

<sup>34</sup> CGUE, sentenze del 10-06-2021 causa 609/19 e cause riunite da 776/19 a 782/19 (caso *BNP Paribas Personal Finance*).

<sup>35</sup> La vicenda francese è particolarmente interessante perché l'intervento della Corte di Giustizia si innesta in un quadro caratterizzato da un orientamento della giurisprudenza francese – e in particolare della Cour de Cassation – prevalentemente indirizzato nel senso di riconoscere in genere la piena regolarità e validità dei mutui in valuta. Alcuni mesi fa, il 7 settembre 2022, la Cour de Cassation ha cassato una decisione d'appello del 6 febbraio 2020 – anteriore perciò alle sentenze della Corte di Giustizia – che aveva per l'ennesima volta affermato che le clausole di un mutuo in valuta (sia pure in un modello contrattuale diverso da quello offerto da BNP Paribas), attenevano all'oggetto del contratto, erano redatte in modo chiaro e comprensibile, ed erano perciò da considerare come perfettamente valide v. HELAINE, *De la bonne information sur le fonctionnement d'un prêt libellé en devise étrangère*, in *Dalloz Actualité*, 6 Octobre 2022.

<sup>36</sup> Il consumatore deve essere posto (43) «... in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche ...».

procedendo, se del caso, non ad una semplice rivelazione, ma ad un apposito assemblaggio di informazioni all’uopo organizzate<sup>37</sup>.

La Corte allude anche ad un obbligo del mutuante di fornire al mutuatario informazioni sul contesto economico in cui si svolgerà l’operazione, nella specie l’esecuzione di un mutuo venticinque-trentennale<sup>38</sup>. Ora, è evidente che qui non ci si sta riferendo a informazioni che qualunque mutuante potrebbe, ove richiesto, fornire su due piedi, ma si sta imponendo al mutuante di compiere un’adeguata riflessione su quali elementi del complessivo contesto economico potrebbero essere di decisivo interesse per il mutuatario. Sembra, nella specie, che la Corte finisca anche per dare rilevante importanza alla presenza, o assenza, dell’espressa menzione della parola rischio, al fatto cioè che il concetto di rischio, oltre ad essere spiegato, sia espressamente menzionato, in modo da evocare tutto il carico di ansia che la parola porta con sé.

La rilevanza attribuita alle modalità con cui le informazioni sono fornite crea poi un altro problema. Un’informazione come quella sulla esistenza, e sulla entità di un rischio, può essere data in modi diversi senza la possibilità di qualificarne uno solo come vero, e tutti gli altri come falsi. Il rischio di cambio può essere legittimamente presentato a tinte, per così dire, un po’ più rosa (se si sottolinea, ad es., che la denominazione in valuta straniera espone ai rischi derivanti dalla fluttuazione dei cambi, ma consente, in ipotesi, di usufruire di tassi occasionalmente più bassi) o a tinte un po’ più fosche (se si esaltano scenari in cui i redditi del debitore restano nominalmente costanti, mentre la moneta in cui essi sono denominati si svaluta drasticamente in rapporto alla moneta in cui devono essere effettuati i pagamenti).

Chi ritiene giusto (come, a quanto sembra, anche la Corte ritiene) incentivare l’intermediario a praticare (se non altro per prevenire le conseguenze per lui negative dell’accertamento *a posteriori* di un errore nel tono) l’alternativa a tinte fosche, non immagina il cliente come un autonomo soggetto, relativamente disinformato, e per il resto però capace di fare scelte autonome. Lo immagina, al contrario, come un soggetto altamente influenzabile. Lo slittamento, da tempo segnalato dalla dottrina, verso la creazione, a carico della parte forte, di obblighi di tipo consulenziale<sup>39</sup>, mi sembra stia evolvendo nel senso di una responsabilizzazione della parte forte finalizzata non solo a fornire alla parte debole le informazioni necessarie per fare le scelte che meglio soddisfano le sue preferenze, ma addirittura a presentarle tutti gli argomenti che possono indurla a modificare le preferenze stesse.

Con riferimento al caso dei mutui in valuta, lo scenario che possiamo immaginare è quello di un mutuante che, di fronte ad un mutuatario allettato dalla possibilità di ottenere il prestito ad un tasso inferiore a quello corrente per la moneta locale, è obbligato a for-

---

<sup>37</sup> Il che comporta obblighi che non appaiono razionalizzabili in termini di trasparenza, posto che quest’ultima allude al fatto di eliminare un ostacolo alla visibilità di un oggetto, e non ad un obbligo di intervenire sull’oggetto in questione per migliorarne la visibilità.

<sup>38</sup> V. n. 53 e *ivi* espresso riferimento al contesto economico.

<sup>39</sup> NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 11.

nirgli non solo le informazioni necessarie a rendersi conto che esiste un rischio di cambio, ma addirittura a presentare tutti gli argomenti, che in base alle conoscenze del mutuante, potrebbero indurre il mutuatario a cambiare la sua preferenza ed a scegliere un contratto di mutuo nell'immediato più costoso, ma in prospettiva meno rischioso. Abbiamo insomma un mutuatario che parte con una preferenza per un mutuo nell'immediato meno oneroso, ma in prospettiva più rischioso, e un mutuante che ha l'obbligo di immaginare e presentare tutti gli argomenti che in base alle sue valutazioni potrebbero indurre una persona ragionevole a scegliere l'opposta soluzione di un mutuo più oneroso, ma meno rischioso. Gli argomenti, in sostanza, che potrebbero indurre il mutuatario a cambiare la sua preferenza<sup>40</sup>.

A me sembra che, dal punto di vista dell'autonomia, l'estensione degli obblighi di trasparenza dovrebbe fermarsi là dove, da una parte, la difesa dell'autonomia si trasforma in paternalismo, e dall'altra, là dove la protezione di una parte finisce per incidere negativamente sull'autonomia dell'altra.

Dal punto di vista regolatorio la prospettiva ovviamente cambia, e i sacrifici imposti alla parte obbligata vanno confrontati con i vantaggi che possono essere conseguiti in termini di maggiore efficienza dei mercati. Nel caso specifico che abbiamo esaminato, a me sembra che la disciplina modellata dalla Corte di Giustizia non sia sicuramente giustificabile in termini relazionali. Gli obblighi di informazione come configurati dalla Corte, lungi dal bilanciare in maniera ragionevole l'autonomia delle due parti direttamente coinvolte, si configurano come uno strumento di governo del mercato, in quanto, da una parte, tendono, come si è visto, ad indirizzare le preferenze dei consumatori e, dall'altra, tendono a creare rischi a carico dell'obbligato all'informazione tali da produrre non solo un effetto procedurale, ma un effetto sostanziale di aumento dei costi e quindi, in definitiva, una disincentivazione alla stessa offerta del prodotto in questione.

## **6. Diritto privato e mercato: da equilibrio, mano invisibile e *principle*...**

Ritornando al tema dei rapporti tra diritto privato e mercato, la tesi che vorrei proporre è che il motore dell'evoluzione, che ho cercato di esemplificare nei paragrafi precedente, verso una sempre maggior diffusione di una logica che privilegia norme di *policy*, è da ricercare in un processo storico di cambiamento che ha investito sia il diritto privato, sia la concezione del mercato e dei suoi meccanismi di funzionamento.

---

<sup>40</sup> Va considerato infine che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il test per accertare se esiste lo sbilancio che rende iniqua la clausola, deve consistere nel verificare se il contraente forte, in base alle informazioni in suo possesso, poteva ragionevolmente pensare che il contraente debole, in situazione di totale trasparenza (in sostanza, sembra di capire, se avesse avuto anche lui le stesse informazioni possedute dal contraente forte) avrebbe acconsentito alla stipulazione (n. 71): «... il professionista non poteva ragionevolmente aspettarsi, rispettando il requisito di trasparenza nei confronti del consumatore, che quest'ultimo accettasse, a seguito di una negoziazione individuale, un rischio sproporzionato...».



Procedendo in maniera inevitabilmente sintetica, partiamo dal criterio con cui sono assegnati i diritti in una prospettiva liberale classica, di tipo kantiano. Come è ben noto, in questa prospettiva il criterio di riferimento è quello che impone di confrontare la libertà di un soggetto con quella di tutti gli altri soggetti e di limitare la libertà di qualcuno solo quando ciò sia strettamente necessario per garantire la libertà di tutti <sup>41</sup>. L'assegnazione delle libertà e dei diritti avviene perciò sulla base di un generalizzato confronto interpersonale che valuta le reciproche pretese di libertà e cerca di assicurare la soddisfazione di tutte le pretese nella maniera più estesa e più ugualitaria possibile.

---

<sup>41</sup> Come è noto il pensiero di Kant in materia di libertà e di autonomia è complesso e la sua stessa riconducibilità alla tradizione liberale è contestata (un accenno a queste questioni in DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, I, 13). Qui mi basta tuttavia richiamare un aspetto fondamentale del suo pensiero che non mi sembra facilmente controvertibile e che è connesso alla famosissima affermazione per cui “... *Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht*” (KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte prima, “Anhang, Zur Einleitung in die Rechtslehre”, p. 237). Come è stato notato, questa impostazione comporta che la libertà limita i diritti che possono essere acquisiti, mentre nessun altro diritto può restringere il diritto alla libertà. In definitiva “... *all other rights have to be acquired consistently with the original right to freedom*”, HODGSON, *Kant on the right to freedom: A defense*, in *Ethics*, 2010, 791. V. anche RAUSCHER, *Kant's social and political philosophy*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, 3, il quale nota che secondo Kant “... «*a universal principle of right*» cannot be based upon happiness but only on something truly universal, such as freedom”.

In questa prospettiva<sup>42</sup> venne costruito quel diritto che Max Weber chiamava “formalmente razionale”<sup>43</sup> e che poi fu chiamato *Begriffsjurisprudenz*<sup>44</sup>, o “giurisprudenza meccanica”<sup>45</sup> o anche “diritto classico”<sup>46</sup>, e che aspirava a presentarsi come un sistema di proposizioni (*Rechtssätze*) in cui ogni decisione giuridica è l'applicazione di una proposizione ad una fattispecie concreta<sup>47</sup>. Un sistema dove “... *the criteria of decision are intrinsic to the legal system...*” e “... *rules or principles are consciously constructed by specialized modes of legal thought which rely on a highly logical systemization*”<sup>48</sup>. Un sistema che può mantenere “chiusura”, autoreferenzialità, calcolabilità, solo a condizione di trovare il modo

<sup>42</sup> “... there is a direct line from Kant to Savigny to the formal rationality of the private law system (Weber) which serves to constitute the capitalist society [corsivi dell’a.]” così MICKLITZ, *On the intellectual history of freedom of contract and regulation*, in *Penn St. JL & Int'l Aff.*, 2015, 13. Sulla influenza esercitata dal pensiero kantiano sui principali esponenti del pensiero giuridico dell'epoca, cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Goettingen, 1967, par. 20, I, 3. Con specifico riferimento a Savigny, cfr. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, 506; CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1980, 96, e *ivi* altre citazioni. Quanto alla centralità del riferimento alla libertà, basta ricordare che il primo capitolo del *Cursus* di Puchta si apre con il paragrafo “*Von der Freiheit*”, dove si legge, p. 4, la famosa affermazione, ricordata anche da Kelsen (KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. della prima edizione della *Reine Rechtslehre*, 2002, par 20, p. 40): “*Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit*” (PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Breitkopf-Haertel, 1881).

<sup>43</sup> Un diritto in grado, nelle parole di Max Weber, di realizzare una “... *integration of all analytically derived legal propositions in such a way that they constitute a logically clear, internally consistent, and, at least in theory, gapless system of rules, under which, it is implied, all conceivable fact situations must be capable of being logically subsumed...*”. L'originale di questo brano si trova all'inizio della *Rechtssoziologie* (a p. 395 dell'edizione Tuebingen 1922: *Grundriss der Sozialökonomie, III Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft*) dove Weber tenta di sintetizzare le caratteristiche del diritto moderno. La citazione in inglese è tratta dal prezioso volume curato da RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge-Massachusetts, 1954, 62.

<sup>44</sup> Come causticamente osserva HAFERKAMP, *Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts. Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, “*Bei aller Einigkeit darüber, dass B[egriffsjurisprudenz] etwas Verwerfliches ist, besteht bis heute keine konsentierete Definition der B.*”. Ai presenti fini può essere sufficiente richiamare la definizione che Kelsen (nt. 42, par. 39, p. 84) elabora utilizzando come riferimento il pensiero di Puchta e che fa riferimento soprattutto alla possibilità di collegare logicamente le norme e di creare nuove norme per via di deduzione scientifica (caratteristica che comunque anche Haferkamp considera come parte del comune denominatore delle varie concezioni di *Begriffsjurisprudenz*).

<sup>45</sup> POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 1908, 605.

<sup>46</sup> Che peraltro non coincide esattamente con il “*classical legal thought*” cui si riferisce KENNEDY, *The rise & fall of classical legal thought*, Beard Books, 2006.

<sup>47</sup> MARRA, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in *Sociologia del Diritto*, 2005, 32.

<sup>48</sup> TRUBEK, *Max Weber on law and the rise of capitalism*, in *Wis. L. Rev.*, 1972, 720. La concezione (Savigny, Windscheid) per cui il diritto non deve servire ad alcun altro compito, neppure al bene pubblico, è sottolineata da WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, tra. it di G. Liberati, Napoli, 1983, 85 e considerata uno sviluppo delle tesi di Kant.

di mantenersi indipendente da ogni istanza di tipo politico o morale<sup>49</sup> e di astrarre dalla complessità della realtà regolata.

In questo sistema la massimizzazione dell’astratta libertà di agire, insieme alla centralità attribuita alla “signoria del volere”<sup>50</sup>, erano in grado di giustificare decisioni che legittimavano l’assunzione di ogni genere di impegni<sup>51</sup> senza alcuna necessità di confrontarsi con la realtà degli effettivi rapporti di potere esistenti nella società.

Possiamo ora chiederci: questo modo di concepire il diritto (privato) è compatibile con il funzionamento del mercato? La risposta è: dipende da come si immagina che funzioni il mercato cui ci si riferisce.

Se si ha del mercato una visione in cui il libero agire dei soggetti conduce a generali equilibri, ed in cui opera una mano invisibile che automaticamente volge l’esercizio dei diritti di libertà di ciascuno verso il bene comune, a prescindere dalle stesse intenzioni soggettive dell’agente, è evidente che il criterio kantiano di assegnazione dei reciproci diritti non solo non entra in tensione con le esigenze del mercato, ma appare come direttamente strumentale al suo ottimale funzionamento. Ogni limitazione della libertà messa in atto da un soggetto, che si riveli ingiustificata dal punto di vista dei rapporti con la libertà di un altro soggetto, risulterà riprovevole non solo dal punto di vista intersoggettivo, ma anche dal punto di vista del funzionamento del mercato nel suo complesso.

Un mercato come quello concorrenziale, che si qualifica per la presenza di un numero tendenzialmente infinito di operatori, tutti perfettamente liberi di entrare e di uscire in ogni momento; un mercato in cui, per di più, si suppone che ogni corretto esercizio della libertà individuale verrà inevitabilmente incanalato verso un risultato di equilibrio e di massima utilizzazione delle risorse date, è un mercato in cui la difesa della libertà di tutti gli agenti è un imperativo centrale e, al contempo, una importante garanzia del suo (del mercato) corretto funzionamento.

---

<sup>49</sup> “*This purely formal rational line of argumentation foregoes all considerations of economic, social or other policies.*”, Rheinstein, nt. 43, 52. Come osserva REIMANN, *Nineteenth century German legal science*, in *BCL Rev.*, 1989, 891, “*The function of law was the protection of one individual’s freedom against another’s, not the implementation of any sort of substantive morality or policy.*”

<sup>50</sup> Secondo HAFERKAMP, *The science of private law and the state in nineteenth century Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2008, 667, 670, la centralità attribuita al soggetto è la prima delle sette strategie con cui la Scuola Storica mirava a mantenere il diritto privato protetto da interventi dello stato. In questa strategia la fonte del diritto privato era identificata, nelle parole di Savigny ricordate da Haferkamp, nella “... *individual’s full and unconditional sovereignty*” e nel “*power of the will*” (Haferkamp ricorda, nt. 16, anche l’espressione usata da Puchta: “*volle und unbedingte Herrschaft*”).

<sup>51</sup> Come quelli a non iscriversi al sindacato, *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), o a vendere la propria forza lavoro a qualsiasi prezzo, *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), o per qualsiasi numero di ore, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), ecc.

La profonda coerenza tra l'opera di razionalizzazione del diritto privato intorno alla centralità della nozione di libertà (formale), e il contemporaneo eccezionale sviluppo dei mercati, appare, in questa prospettiva, del tutto evidente<sup>52</sup>.

## 7... a disequilibrio, massimizzazione e policy

Come tutti sanno, gradualmente, durante il secolo scorso, e durante l'attuale, le costruzioni giuridiche (diritto formalmente razionale) ed economiche (mano invisibile ed equilibrio generale) cui abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente si sono completamente sgretolate.

Sul piano del pensiero economico, possiamo notare che la visione dell'equilibrio, della concorrenza e della mano invisibile è stata progressivamente sostituita da una visione che prende atto dell'inesistenza di mercati reali coerenti con il tradizionale modello concorrenziale, riconosce che su tutti i mercati sono presenti posizioni di potere che limitano la libertà economica altrui, ed afferma però che l'eliminazione di queste posizioni non è possibile, e non è neppure opportuna, perché l'efficienza e lo sviluppo non dipendono dal libero operare della mano invisibile, ma dipendono proprio dalla presenza di posizioni di potere, e dalla lotta che le imprese ingaggiano tra loro per conservarle e ingrandirle<sup>53</sup>.

Quanto al piano giuridico, possiamo registrare una serie di processi evolutivi che, in omaggio alle già evocate categorie weberiane, potremmo rubricare sotto la voce

<sup>52</sup> Come osservato già da ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, 1959, 37, alla teoria economica della mano invisibile corrispondono, sul piano giuridico, le teorizzazioni del diritto naturale, mentre alle teorie economiche dell'equilibrio corrispondono, sul piano giuridico, le teorizzazioni della Pandettistica

<sup>53</sup> Basterà qui ricordare la sintesi di questa posizione operata da Schumpeter, che merita una riproduzione letterale: *"Thus it is not sufficient to argue that because perfect competition is impossible under modern industrial conditions – or because it always has been impossible – the large-scale establishment or unit of control must be accepted as a necessary evil inseparable from the economic progress which it is prevented from sabotaging by the forces inherent in its productive apparatus. What we have got to accept is that it has come to be the most powerful engine of that progress and in particular of the long-run expansion of total output not only in spite of, but to a considerable extent through, this strategy which looks so restrictive when viewed in the individual case and from the individual point of time. In this respect, perfect competition is not only impossible but inferior, and has no title to being set up as a model of ideal efficiency. It is hence a mistake to base the theory of government regulation of industry on the principle that big business should be made to work as the respective industry would work in perfect competition"* (il brano si trova alla fine del cap. VIII, intitolato *"Monopolistic Practices"*, di SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London and New York, 2003 [1942], 106). Ho descritto e analizzato, in maniera più articolata, questo mutamento di prospettiva, in DENOZZA, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 43. Con particolare riferimento soprattutto al pensiero economico in materia di *antritrust*, v. anche DENOZZA, nt. 20.

“materializzazione”<sup>54</sup>, intesa come progressiva penetrazione nel diritto privato di istanze di razionalità materiale, sostenute, tra l’altro, dalla oramai conclamata impossibilità di ragionare in termini puramente astratti, ignorando i condizionamenti provenienti dalla realtà economico sociale di riferimento. Questi processi hanno comportato, da una parte, una reinterpretazione dei valori tradizionalmente riconosciuti come presenti in un sistema di interazioni per il tramite di scambi volontari (libertà di scelta, uguali poteri delle due parti, ecc.) in un senso materiale, sensibile alla concreta realtà in cui gli scambi si svolgono, e, in un’altra prospettiva, che è quella dominante nell’analisi economica del diritto, hanno comportato una reinterpretazione della stessa funzione del diritto (privato e pubblico) concepito come un insieme di regole che fissano i prezzi delle condotte dei vari soggetti e in tal modo ne incentivano le scelte in una o in altra direzione.

Il punto centrale è però che queste parallele evoluzioni costringono giuristi ed economisti a fare i conti con un, molto problematico, riconoscimento: la limitazione della libertà altrui ad opera di poteri privati esiste e pensare di eliminarla è impossibile.

Da questo riconoscimento derivano molte rilevanti conseguenze.

La prima è che l’obiettivo di assicurare la massima libertà economica di tutti non può più essere assunto come stella polare di tutte le discipline che assegnano libertà e diritti. La massima diffusione del più alto livello di libertà individuale non assicura più l’automatica realizzazione del maggior bene comune. Come si è poco fa ricordato, l’esistenza di posizioni di potere è considerata espressione e strumento di efficienza<sup>55</sup>.

Questa constatazione credo debba costringerci a rivedere anche un’idea, molto diffusa tra noi giuristi, a ritenere che la presenza di sbilanciati rapporti di forza interpersonali comprometta al contempo sia la realizzazione di ideali di autonomia, sia la concorrenzialità dei mercati<sup>56</sup>. Temo che questa idea possa essere frutto di una tralaticia

---

<sup>54</sup> V., tra i più importanti, HABERMAS, *Paradigms of law in Cardozo L. Rev.*, 1995, 771; CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner “Materialisierung”* in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 2000, 273; PREUSS, *Rationality Potentials of Law-Allocative, Distributive, and Communicative Rationality*, in *German Law Journal*, 2011, 488, 493; AUER, *Two Centuries of Private Law Theory on Formal and Material Equality*, in *From Formal to Material Equality*, Intersentia, 2023, 63 e nello stesso volume GRUNDMANN, *From Formal to Material Equality: Key Insights from History and in a Multidisciplinary Perspective*.

<sup>55</sup> Nell’ambito del diritto *antitrust* il punto è diventato praticamente un luogo comune. Possiamo partire dal notoriamente influentissimo lavoro di Bork nt. 18, per arrivare a Justice Scalia, che in *Verizon Communs, Inc. v. Trinko, LLP*, 540 U.S. (2004) 398, 407, ebbe ad affermare che il monopolio «... is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system».

Secondo molti l’avvento di quella che non molto tempo fa veniva chiamata *new economy* ha contribuito a rinforzare il fenomeno, POSNER, *Antitrust in the New Economy*, in *Antitrust LJ*, 2001, 925; FARRELL, KATZ, *Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets*, UC Berkeley Competition Policy Center, Working Paper No. CPC01-23, August 2001, 3; PETIT, TEECE, *Big Tech, Big Data, and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition*, 2021, 8. In una prospettiva storica più generale, v. MCKENZIE, LEE, *In defense of monopoly: How market power fosters creative production*, University of Michigan Press, 2008.

<sup>56</sup> L’idea in questione è esposta con particolare chiarezza da Attanasio, nt. 1, 63, 86 e *passim*. Si

retorica, risalente ai tempi in cui i mercati efficienti erano identificati con quelli di concorrenza perfetta (o quasi). Una retorica, quindi, non più proponibile di fronte ad una concezione della concorrenza in cui l'esistenza di poteri privati è vista come un fattore di efficienza<sup>57</sup>. In questa concezione della concorrenza, che è quella oggi dominante, tra la difesa dell'autonomia dei soggetti, e la difesa della concorrenzialità dei mercati, non sussiste più alcuna automatica omologia<sup>58</sup>.

Per di più, questa evoluzione nella concezione del funzionamento dei mercati non va nella direzione di sostituire una stella polare (la naturale esplicazione della massima libertà) con un'altra (come pensavano i neoliberali tedeschi quando invocavano l'"ordo"<sup>59</sup>). Non esiste in realtà nessun ordine di riferimento, perché nessun modello è in grado di indicare con precisione quali livelli di libertà devono essere comunque protetti e quanto potere (e relativo promesso benessere) deve essere accettato anche a scapito delle esigenze di mantenimento di un certo livello di libertà.

Quando si riconosce l'esistenza di ineliminabili posizioni di potere, e si accetta perciò che la concorrenza avvenga tra soggetti che non si muovono su un campo da gioco che è stato completamente ed effettivamente (non solo formalmente) livellato, le possibili configurazioni che il mercato può assumere diventano numerosissime e nessuna di esse è più "vera" delle altre.<sup>60</sup>

---

tratta comunque di un pregiudizio molto diffuso (di "rapporto simbiotico" tra regole del contratto e regole della concorrenza parla ad es. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, Padova, 2010, 9) un pregiudizio che in parte io stesso ho condiviso in passato, e che dovrebbe essere invece sottoposto a radicale revisione.

<sup>57</sup> Adattando al nostro contesto una concettualizzazione di Libertini (LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, 365) potremmo dire che chi ragiona nel modo criticato nel testo, non si rende conto che le condizioni per la realizzazione della concorrenza come libero scambio, che è quella rilevante quando si ha riguardo alla libertà contrattuale e all'autonomia, non sono più considerate coincidenti con quelle necessarie per indirizzare positivamente la concorrenza come rivalità e competizione.

<sup>58</sup> Il potenziale conflitto tra tutela della libertà e tutela della concorrenza, intesa come massimizzazione del *consumer welfare*, è stato notato da diversi autori. V. ad es., LOVDAHL-GORMSEN, *The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernization of Article 82 EC*, in *European Competition Journal*, 2007, 329; MAIER-RIGAUD, *On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete*, in *The Goals of Competition Law*, (ASCOLA Competition Law Series), Edward Elgar, 2012, 132; AHLBORN, GRAVE, *Walter Eucken and Ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*, in *Competition Policy International*, 2006, 197 ("... a policy which protects economic freedom risks treating efficiency as an offense.").

<sup>59</sup> V., al riguardo, DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, 2019, 327.

<sup>60</sup> Come nota giustamente IRTI, *Introduzione. Diritto e Mercato*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999, XV ("Vi sono le economie di mercato..." e "nessuna di esse è più «vera» dell'altra...").

Ulteriori complicazioni nascono infine dal fatto che nessun modello è in grado di stabilire un rapporto univoco e lineare tra l'entità dei poteri economici privati tollerati e l'entità dei benefici, in termini di efficienza e di sviluppo, che è possibile ottenere. Le conoscenze al riguardo restano molto approssimative. È diffusa (come si è più volte ripetuto) la convinzione che un certo grado di tolleranza nei confronti delle posizioni di potere sia indispensabile per sostenere e incentivare aumenti di efficienza ed impulsi allo sviluppo. Sembra però anche abbastanza certo che una eccessiva tolleranza conduca alla formazione di posizioni di potere così rilevanti da diventare un fattore di inefficienza e un ostacolo allo sviluppo. Quale possa essere il punto di equilibrio, nessuno è in grado di stabilire<sup>61</sup>.

Si può infine osservare che, in un certo senso, la stessa operazione contrattuale cambia natura. Lo scambio non è più considerato come l'occasione di incontro tra due *partner*, ma come uno strumento di massimizzazione (del benessere delle parti coinvolte e – in assenza di esternalità – del benessere complessivo)<sup>62</sup>.

In conclusione, l'immagine che si è progressivamente affermata è quella di un mercato che non può più avere come obiettivo la massimizzazione della libertà di tutti, e che deve invece variamente tollerare l'esistenza di posizioni di potere economico privato, per di più in assenza di modelli in grado di indicare i livelli ottimali di coordinamento tra tolleranza del potere e istanze di libertà individuale, o i limiti in cui la tolleranza del potere conserva la sua funzione di incentivo all'efficienza e non si trasforma essa stessa in un fattore di inefficienza.

Ciò spiega la pluralità, e l'apparente non-sistematicità, degli interventi variamente rivolti a dosare i poteri che una parte contrattuale può esercitare nei confronti dell'altra. Il fatto è, lo ribadisco ancora, che il potere privato mentre non può essere (più) ignorato, non può essere d'altro canto eliminato, ma neppure può essere illimitatamente tollerato. La situazione che ne deriva è, a dir poco, confusa.

Sembrano allora abbastanza evidenti le ragioni che rendono altamente problematico il ricorso a discipline basate sul riconoscimento di principi e di diritti. Questo ricorso implica, sul lato dell'*input*, radicali prese di posizione in termini di giustizia, e, sul lato dell'*output*, una notevole rigidità della disciplina<sup>63</sup>. L'impostazione in termini di *policy*

<sup>61</sup> V. sopra, nt. 19 e, più diffusamente, DENOZZA, nt. 20.

<sup>62</sup> Uno spunto in questo senso (che ho tentato di elaborare in DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale e Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, in SACCHI, TOFFOLETTO, *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1, 411), in FOUCAULT, *The birth of biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, New York, NY, 2008, 226. V. anche NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 82 ss.; NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2023, 319, 341, osserva: “... Il contratto di cui parliamo oggi, ossia il contratto “del mercato”, poco ha a che vedere con l'accordo delle parti...” e “... ci appare sempre di più come un'operazione economica che si svolge, e deve svolgersi, in conformità ad una logica superiore”.

<sup>63</sup> Come è ovvio, e come talora espressamente rilevato (v., ad es., KERBER, *Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law*,

diventa perciò spesso inevitabile, perché è l'unica che consente di gestire le molteplici incertezze e le diverse tendenze che sono qui contraddittoriamente all'opera.

## 8. Conclusioni: *principle, policy* e differenti ideali di società

La schematizzazione basata sulla contrapposizione tra *principle* e *policy*, e la ricostruzione di una possibile storia dei rapporti tra diritto privato relazionale e diritto privato regolatorio, aprono la strada a più approfondite analisi della situazione attuale che qui non è ovviamente possibile fare.

Mi limito a due osservazioni. La prima riguarda il tema dei diritti. Io credo che dovrebbe essere adottata una prospettiva in cui l'attribuzione dei diritti viene sganciata, formalmente e definitivamente, da considerazioni relazionali. L'angusto schema kantiano, che suggerisce l'imparziale massimizzazione dell'uguale libertà di tutti, non riesce più a mio avviso a contenere e governare situazioni in cui alcuni soggetti privati godono ormai di poteri di fatto che sono assolutamente incommensurabili con quelli spettanti ad altri soggetti. Una effettiva applicazione dello schema richiederebbe sconvolgimenti della realtà economica oggi impensabili e la sua ostinata utilizzazione finisce per sfociare in finzioni consolatorie come quella, per tanto tempo dominante, che presenta l'introduzione di obblighi di informazione come rimedio a sperequazioni di potere che affondano le loro radici in un terreno ben più insidioso e profondo.

Invece di rassegnarsi all'inevitabile deriva che parte da una disciplina in qualche modo riconducibile ad un discorso di diritti e di autonomia, mentre approda poi gradualmente ad esiti sostanzialmente regolatori, credo sarebbe più opportuno ripensare i criteri di assegnazione dei diritti riconoscendo apertamente che esistono situazioni in cui certi soggetti meritano di vedersi attribuire diritti non al fine di ripristinare impossibili parità relazionali, ma perché la società ritiene di prendersi cura della situazione in cui si trovano e di dover intervenire per orientarla in modo confacente ai suoi (della società) obiettivi generali.

Non si tratta solo di porre su un piede di (più o meno formale) parità coloro che interagiscono scambiandosi promesse, o di realizzare una paritaria distribuzione dei rischi. La società ben può decidere di intervenire non (solo) sulle relazioni (per pareggiare, o per distribuire, o per altro) ma sulla struttura complessiva. Quindi non solo distribuendo i rischi esistenti, come se fossero un fatto naturale, ma impedendo, con un'adeguata attribuzione di diritti, che certi rischi possano essere creati.

La seconda osservazione riguarda invece le regole giustificate da ragioni di *policy*. Nella visione neo-kantiana del diritto privato, le caratteristiche fondamentali della società (che, in questa visione, sono definite dall'ideale della massimizzazione delle reci-

---

in *Economic theory and competition law*, Edward Elgar Publishing, 2009), un riconosciuto diritto di libertà oppone una certa resistenza a lasciarsi flessibilizzare da bilanciamenti con ragioni di efficienza.



proche libertà) si riflettono nel modo in cui sono ripartiti i diritti nelle relazioni inter-soggettive. Le regole ispirate da ragioni di *policy* (che in questa visione sono comunque fuori dai confini del diritto privato) sembrano giocare, su questo piano (definizione delle caratteristiche fondamentali della società), un ruolo del tutto secondario.

Io credo che questa divisione di competenze non sia opportuna e che debba essere assolutamente superata. Tutto sommato *principle* e *policy* sono semplici strumenti con cui certe discipline vengono concettualizzate e orientate. La scelta tra il ricorrere all’una impostazione, oppure all’altra, è la scelta, per così dire, “seconda”. La scelta “prima” è la scelta in ordine al tipo di società in cui si desidera vivere e che si vuole promuovere e realizzare.

La contrapposizione più importante non è tra principi (l’autonomia, la giustizia commutativa) e politiche (efficientiste o redistributive che siano), ma tra le diverse concezioni che si possono avere di principi come l’autonomia e di obiettivi come l’efficienza. Tornando al più semplice tra tutti gli esempi che abbiamo fatto, quello della PSD2, è evidente che la posta che lì è in gioco (al di là delle stesse finalità perseguite dal legislatore) è la scelta tra una società in cui i più sfortunati, e i più fragili, vengono protetti anche a costo di scaricare alcuni costi sui meno fragili, oppure una società totalmente basata sull’auto-responsabilità. Una società in cui si conta solo per il contributo che si riesce a dare in termini di comportamenti efficienti, o una società in cui rileva la qualità dei bisogni dei vari soggetti, ecc.

Dopo avere fatto queste, e simili, scelte, si potrà decidere quali sono le nozioni di autonomia, di efficienza, di giustizia, ecc. che sembrano con gli esiti di tali scelte più coerenti, e si potrà stabilire se, e dove, perseguirne la realizzazione creando principi, e dove ricorrere invece ad interventi di *policy*.

## ABSTRACT

Il lavoro inquadra la distinzione tra le due logiche che oggi convivono nel diritto privato (quella, più tradizionale, di tipo relazionale e quella più recente di tipo regolatorio) nella contrapposizione a suo tempo elaborata da Ronald Dworkin, tra *principle* e *policy*. L’autore sostiene che è da tempo in atto una espansione della tendenza ad impostare i problemi di disciplina in termini di *policy* invece che in termini di *principle*. L’esistenza di questa tendenza viene esemplificata con riferimento ai problemi della tutela del mercato e in particolare con riferimento al diritto *antitrust* e alla disciplina del potere contrattuale.

L’autore avanza infine la tesi che questa evoluzione sia conseguenza di una diversa concezione del mercato concorrenziale, concepito non più come un luogo in cui i poteri economici privati devono essere eliminati e la libertà di tutti massimizzata, in modo che possa essere opportunamente guidata dalla mano invisibile e dalla tendenza all’equilibrio, ma come un luogo in cui i poteri economici privati operano come fattori positivi, espressione e strumento di innovazione e crescita, da preservare e indirizzare verso la massimizzazione (non più della libertà, ma) del benessere collettivo.

*The distinction between two logics (relational and regulatory), coexisting in private law today, is framed in the opposition (based on a Ronald Dworkin idea) between principle and policy.*

*The author argues that there is an ongoing tendency to approach private law problems in terms of policy instead of principle. This tendency is explained and exemplified with reference to market protection problems and in particular with reference to antitrust law and to rules regulating bargaining power.*

*Finally, the author puts forward the thesis that this movement from principle to policy is the consequence of an evolution in the conception of the competitive market, understood no longer as a place where private economic powers must be harnessed, and the freedom of all maximised, so as to allow the invisible hand, and the tendency towards equilibrium, to do their job, but as a place where innovation and growth are spurred by private economic powers acting as positive factors to be preserved and channelled towards maximising (no longer freedom, but) welfare.*