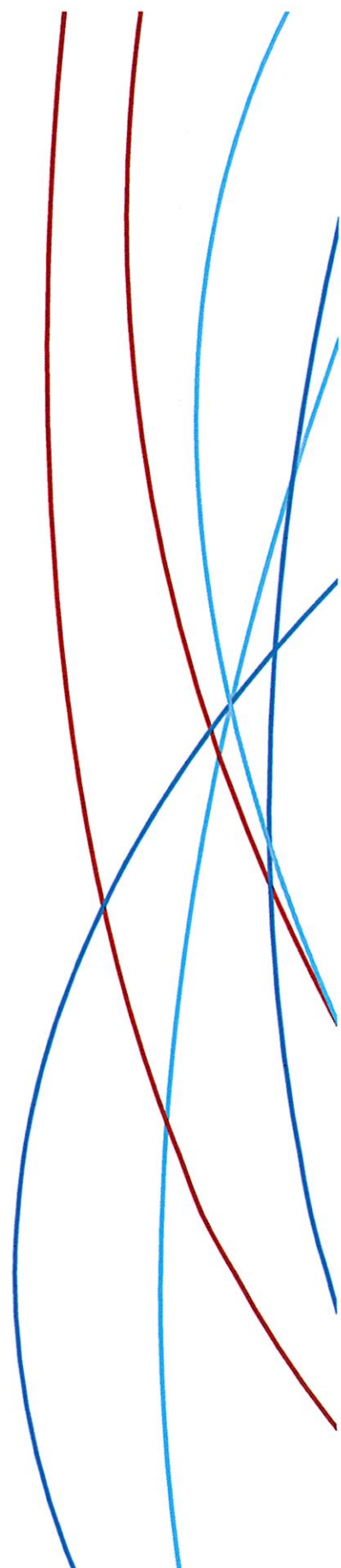




Contratto, contratti e mercati

Quaderno 24



Volume a cura di Marisaria Maugeri e Gianluca Grasso, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura

Contributo redazionale: Antonella Licheri, funzionario giudiziario della Scuola superiore della magistratura, e Giuliano Graniti, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Costantino De Robbio, Fabrizio Di Marzio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600356

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Contratto, contratti e mercati

Quaderno 24

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

La teoria 'non euclidea' del contratto

(discussa con i casi dell'Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni)

SOMMARIO: 1. Una metafora. – 2. I postulati della teoria del contratto. – 3. Il contratto asimmetrico. – 4. Potere e interessi nella disciplina contrattuale. – 5. Debolezza contrattuale, contratti del consumatore e contratti tra imprese. – 6. Gli interessi rilevanti e le diverse prospettive assiologiche. – 7. Il diritto della concorrenza e il contratto. – 8. I contratti del consumatore. – 9. Una declinazione contenutistica della debolezza. – 10. Tutela del consumatore ed effetti sul mercato. – 11. Autonomia privata e controllo sul contenuto del contratto. – 12. L'Euribor negativo. – 13. La fatturazione a 28 giorni dei servizi di comunicazione elettronica. – 14. Conclusioni.

1. Una metafora

L'attuale crisi attraversata dagli assiomi che fondano la concezione tradizionale del contratto riporta alla mente la formazione della geometria non euclidea.

È non euclidea quella geometria che – dai primi decenni del secolo diciannovesimo – non accetta più taluni o tutti i postulati di cui Euclide ha fatto uso nei suoi *Elementi*.

Si tratta di postulati che, nel tempo, erano stati ritenuti coerenti con l'osservazione naturale delle cose e, quindi, ontologicamente *veri*. Come può dirsi per principî quali: tra due punti qualsiasi è possibile tracciare una e una sola retta; si può prolungare un segmento oltre i due punti indefinitamente; dato un punto e una lunghezza, è possibile descrivere un cerchio; tutti gli angoli retti sono congruenti fra loro.

È stato però il quinto postulato a suscitare il dibattito maggiore: quello alla stregua del quale se una retta che taglia due rette determina dallo stesso lato angoli interni minori di due angoli retti, prolungando le due rette, esse si incontreranno dalla parte dove i due angoli sono minori di due retti.

Nei secoli successivi alla diffusione degli *Elementi*, molti sono stati i tentativi di dimostrare il quinto postulato o di riformularlo o, addirittura, di sostituirlo con altri equivalenti. E, tuttavia, le dimostrazioni producevano un ragionamento circolare che riportava sempre a darne per presupposta l'esistenza.

Sono stati proprio i tentativi di confermare il quinto postulato che, volendo dimostrarlo per assurdo, hanno dischiuso la strada alle prime geometrie non euclidee, quali la geometria ellittica o la geometria iperbolica.

Decisivo nel ragionamento è stato assumere quale punto di partenza che lo spazio fisico potesse avere proprietà diverse da quelle che Euclide gli attribuiva: ove si assumano quali «enti primitivi» non più gli enti ideali (il punto e la retta), ma oggetti geometrici (ossia i corpi solidi) più vicini all'esperienza sensibile, si giunge a negare che vi sia una sola parallela a una retta per un punto a essa esterno.

La ragione per la quale mi pare – anche solo figurativamente – utile costruire un ponte con la disciplina del contratto consiste nelle implicazioni teoretiche e filosofiche che la revisione di ciò che si è ritenuto – sino ad un dato momento storico – *a priori* vero sottende.

Lo spazio euclideo, infatti, non costituiva solo la descrizione del mondo delle idee o del mondo ricavato dall'esperienza. Esso costituiva la base oggettiva della conoscenza, anche sul piano teoretico.

Basti pensare che per Immanuel Kant la validità oggettiva della geometria costituiva la forma *a priori* dell'intuizione dello spazio e lo spazio costituiva «la condizione della possibilità dei fenomeni» in quanto tale. Sicché, le geometrie non euclidee hanno determinato una rottura epistemologica in ordine alla questione se esistano idee innate.

2. I postulati della teoria del contratto

La teoria 'euclidea' del contratto, se allora si accetta la metafora, è fondata sugli assiomi ideologici fatti propri dai codici borghesi assunti, in quanto coerenti alla natura delle cose, come dati indimostrati e non bisognevoli di alcuna dimostrazione ulteriore: l'uguaglianza formale del soggetto di diritto, la sua intrinseca razionalità comportamentale, il perfetto funzionamento del mercato¹.

¹ Per la successione di tre diversi modelli (anche) nella concezione del rapporto tra diritto privato e potere dispositivo dei privati si v. D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, in D.M. TRUBEK e A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, 19 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010; nonché, volendo, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, ID. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 3 ss.

Si tratta(*va*) di artefatti ideologici, costruiti sul paradigma dell'uomo borghese, proprietario terriero (in un sistema politico censitario) che operava in un mercato in cui si scambiavano essenzialmente beni immobili e merci².

Ne sintetizzo tre postulati.

a) Le regole del contratto (*pre*)suppongono un mercato perfetto ed efficiente, che dunque non abbisogna di nessuna correzione, essendo lo Stato e il mercato fenomeni del tutto separati e autonomi³.

Come scrive Adam Smith, nel mercato non possiamo affidarci alla generosità del macellaio per fare la spesa e, tuttavia, una mano invisibile assicura il funzionamento degli scambi e rende disponibile la merce nel momento in cui ci è necessaria.

b) Il diritto privato suppone che coloro che entrano in rapporti giuridici si pongano su un piano di strutturale parità e siano sovrani nella valutazione dei rispettivi interessi.

La giustizia contrattuale e quella sociale coincidono nel noto aforisma francese, che replica un detto kantiano: *Qui dit contractuel, dit juste*⁴.

c) L'ambito di competenza riservato agli accordi privati, una volta definito, opera secondo un modello di *laissez-faire*⁵.

In questa prospettiva, la ricerca d'un equilibrio contrattuale soddisfa allo stesso tempo l'utilità individuale e l'utile collettivo.

Tali postulati, proprio perché conformi alla *Natur der Sache*, nel perimetrare l'autonomia del diritto privato, costituivano un argine all'intervento correttivo del giudice nel contenuto del contratto⁶.

L'argine ha riguardato in primo luogo il prezzo (e quindi il *valore*) convenzionalmente fissato dalle parti. Il rifiuto che ci fosse un valore intrinseco dei beni e l'adesione a una prospettiva utilitarista e marginalista, faceva sì che il prezzo adeguato al valore della cosa potesse essere solo quello che si fissa nell'incontro libero tra la domanda e l'offerta⁷.

² Il contributo più centrato su questo punto mi pare quello di D. GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, 1221 ss.

³ B. OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Rev. Sciences Morales et Politiques*, 1995, 241 ss.

⁴ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Arch. Phil. Droit*, 26, 1981, 35 ss.

⁵ S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, 2001.

⁶ D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, 415 ss.

⁷ Molti spunti in M. MAZZUCATO, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, Roma-Bari, 2018; c, in termini giuridici, K. PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019.

Parimenti, l'autonomia oggettiva dei rapporti di diritto privato ha impedito di coonestare un'interpretazione estensiva o analogica quanto alle norme che autorizzano il giudice a intervenire nel regolamento contrattuale ovvero a ridurre le prestazioni pattuite⁸.

Una prova per tutte concerne il potere del giudice di ridurre la penale eccessiva, previsto dall'art. 1384 c.c., regola che lungamente è stata ritenuta insuscettibile di applicazione estensiva o analogica a situazione simili o analoghe⁹. A maggior ragione allora – negando che tale potere di riduzione della prestazione prevista potesse coordinarsi con altre norme che autorizzano la correzione giudiziale del contenuto contrattuale –, disconoscendosi che potesse considerarsi fondativa d'un potere di intervento giudiziale nel regolamento contrattuale¹⁰.

3. Il contratto asimmetrico

Queste premesse della teoria del contratto erano state, da tempo, discusse e revocate in dubbio, quando non smentite in modo plateale. Ma sovente la dottrina non ne aveva tratto le logiche conseguenze, comportandosi a mo' di com'era capitato a Gerolamo Saccheri nel tardo Settecento, l'involontario scopritore del mondo non euclideo che rinnegò la propria creazione volgendosi dall'altra parte, perché non erano ancora maturi i tempi per l'estensione concettuale rappresentata dalle nuove geometrie¹¹.

È soltanto al volgere dei primi anni del nuovo millennio, che attenta dottrina ha conferito dignità teorico generale alla radicale revisione del paradigma contrattuale, ponendo i risultati conseguiti sul piano della disciplina generale dell'istituto¹².

Segnatamente, la tesi del contratto con asimmetria del potere contrattuale rivede in radice il presupposto della parità e dell'uguaglianza dei contraenti: è piuttosto la

⁸ Così G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, 1 ss.

⁹ A. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009, 539 ss.

¹⁰ Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 400 ss.

¹¹ Come scrivono D.R. HOISTADTER e D.C. DENNETT, *L'io della mente*, Milano, 1985, 361.

¹² Si fa in particolare riferimento ai saggi di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, nonché, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)* e *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, oggi riuniti nel volume *Il contratto del duemila*, Torino, 2020 (IV ed.), rispettivamente a 69 ss., 95 ss. e 131 ss.

constatazione d'una disparità del potere di mercato ciò che caratterizza le regole dei contratti con il consumatore e dei contratti tra imprese asimmetriche e diseguali.

Sicché, l'architettura sistematica del nuovo diritto dei contratti si desume coordinando l'intervento correttivo a tutela del consumatore con la disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192), che pure registra – nella dimensione bilaterale – una correzione del regolamento contrattuale a favore dell'impresa 'debole'¹³.

È allora la diagnosi d'un'asimmetria sussistente tra le parti – informativa, economica, relazionale – a giustificare l'intervento del(o *-la*) giudice nell'equilibrio normativo ed economico del contratto e la correzione del programma contrattuale, per quanto voluto e negoziato dai privati.

In termini sistematici, dunque, il contratto con asimmetria del potere contrattuale allinea e riscrive la disciplina generale del contratto, saldando le finalità perseguite dal diritto della concorrenza tra imprese e le norme che trovano il loro presupposto applicativo nella tutela del consumatore (ossia della persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, come recita l'art. 3, comma 1, lett. *a*, c. cons.).

Il guadagno interpretativo di questa proposta teorica consiste, da un lato, nel trasferire ai contratti tra imprese la disciplina riservata al consumatore: si pensi ad esempio alla disciplina e alle regole sottese alle pratiche commerciali scorrette; dall'altro, di coonestare un controllo sui valori scambiati nei contratti con i consumatori.

Quest'interpretazione ha segnato, da quando è stata proposta, rilevanti conferme a proprio favore.

Così è con riguardo alla disciplina della 'microimpresa', che ha visto estendersi la disciplina della tutela del consumatore e segnatamente delle pratiche commerciali scorrette, così come testimoniano ora gli artt. 18, comma 1, lett. *d-bis*) e 19, comma 1, c. cons. (in base a quanto disposto dall'art. 7, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1).

Così è con riguardo alla posizione del 'cliente' della disciplina del Testo unico bancario, che attesta l'unità della posizione del contraente sia esso il cliente consumatore, sia esso il cliente imprenditore ('micro' e non).

4. Potere e interessi nella disciplina contrattuale

Le proposte interpretative "non euclidee" hanno segnato un punto di svolta teorico in più prospettive, che (*mi*) sembrano oggi definitivamente acquisite.

¹³ G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Diffusamente L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, 217 ss.

(a) Da un lato, rappresentano una linea di pensiero – con la quale mi sento particolarmente sintonico – che si fa carico di proporre un approdo *neosistemico*.

Una lettura, cioè, che non si appaga di denunciare l'insufficienza e l'inadeguatezza delle categorie e delle soluzioni che abbiamo ereditato dal passato. Né che rimette la soluzione del caso concreto – ad opera del giudice – alla ragionevolezza, all'equità, alla proporzionalità, alla meritevolezza degli interessi. Con la pratica conseguenza di rendere tali decisioni (sostanzialmente) non verificabili nella motivazione né contestabili negli esiti.

Essa, al contrario, asseconda un obiettivo che «riducendo le figure e unificando i regimi nella misura massima possibile, aiuti un sistema esageramente frastagliato e connesso a recuperare linearità, unitarietà, coerenza»¹⁴. In tale prospettiva, suggerisce un criterio che àncora l'intervento del giudice a un paradigma, rispetto al quale offre un criterio per verificarne presupposti, modalità e contenuto della *Inhaltskontrolle*.

(b) Dall'altro, tali proposte (*a me*) sembrano coonestare e confermare talune conclusioni che toccano la teoria del contratto.

(i) Che la disciplina generale del contratto non assolve (più) alla funzione d'integrare necessariamente la disciplina d'ogni possibile accordo contrattuale¹⁵.

La disciplina generale del contratto deriva, infatti, da un'operazione di generalizzazione delle norme sul contratto di scambio, quale fenomeno che socio-economicamente implica un reciproco trasferimento di beni in un mercato perfetto¹⁶.

Ove l'operazione sottostante sia diversa – come nei contratti associativi, nei contratti di integrazione economica, nei contratti normativi –, sarà necessario declinare qualsiasi automatismo e argomentare un'applicazione selettiva di tali regole, essendo molte di esse pensate solo in funzione del reciproco trasferimento di diritti.

(ii) In termini teorici, poi, è il modello conoscitivo della fattispecie produttiva di effetti a essere revocato in dubbio quale strumento di comprensione del reale giuridico, unico e necessario¹⁷.

¹⁴ V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, cit., 140.

¹⁵ G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, 1 ss. e Id., *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Questa Rivista*, 2019, I, 79 ss.; v., anche, M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021.

¹⁶ Una compiuta dimostrazione in P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

¹⁷ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

Ciò perché elementi *esterni* rispetto alla struttura formale del contratto o anche cronologicamente successivi al suo perfezionarsi assumono il ruolo di antecedente di regole che operano sul piano della validità, dell'efficacia, del sorgere di obbligazioni risarcitorie.

Non è d'altra parte casuale, la incerta collocazione del *potere* (poi: *di mercato*) all'interno della logica e della teoria delle situazioni giuridiche soggettive¹⁸.

Parimenti, così si spiega la problematica concettualizzazione dell'invalidità sopravvenuta o l'esigenza ben rappresentata dalla linea teorica che propone, quale strumento costruttivo, di porre l'accento tonico sul regolamento contrattuale (invece che sull'oggetto o sulla causa del contratto)¹⁹.

(c) Infine, l'intervento sul singolo contratto in presenza d'una asimmetria di potere contrattuale è coerente con l'avvento dello Stato regolatore, con la prospettiva cioè che prende atto del fatto che l'assetto concorrenziale (o *non*) del mercato giustifica regole asimmetriche sia nei diversi mercati di riferimento sia tra i diversi operatori economici (*incumbent* e *new comer*; imprese dipendenti, microimprese, professionisti, consumatori)²⁰.

Merita rammentare che i dettami del diritto contrattuale di stampo liberale si erano preservati con l'avvento dello Stato sociale, atteso che quest'ultimo ha agito piuttosto sugli assetti proprietari, determinando la pubblicizzazione dell'impresa, e attraverso il meccanismo degli aiuti di stato, non invece sulla disciplina delle strutture contrattuali e poi del singolo contratto.

Al contrario, lo Stato regolatore è impedito dall'intervento diretto nell'economia per via del divieto degli aiuti di stato iscritto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e accompagna la privatizzazione delle imprese nei settori dei servizi essenziali con un'ingente produzione normativa destinata a incidere sui contratti e con la costituzione di Autorità indipendenti a presidio della regolazione indipendente dei mercati²¹.

Una rappresentazione di questo fenomeno è quella che vede il degradarsi della regolazione pubblica e l'illusione di trasferirne le istanze nella dimensione

¹⁸ E v. invece la centralità della nozione di potere nella prospettiva ordoliberal e poi del diritto della regolazione, in part. F. MÖSLEIN (a cura di), *Private Macht*, Tübingen, 2016, nonché P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

¹⁹ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.

²⁰ T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise. Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, 2010.

²¹ Cfr. F. CAFAGGI, *Private Law-making and European Integration: Where Do They Meet, When Do They Conflict?*, in D. OLIVER, T. PROSSER e R. RAWLINGS (eds.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford, 2010, 201 ss. Per una più ampia ricostruzione si v. J. LÜTTRINGHAUS, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, 2018.

microeconomica. Si tratta d'una traiettoria che è stata riassunta nella formula dello stile giuridico «neoliberale», che 'riduce' le politiche macroeconomiche e le politiche industriali – di stampo pubblicistico – alla disciplina del singolo contratto²².

5. Debolezza contrattuale, contratti del consumatore e contratti tra imprese

Qui, almeno per chi scrive, si conclude il consenso 'per sovrapposizione' e si aprono i dissensi.

La linea di displuvio, in termini ermeneutici, consiste nella possibilità stessa di coordinare, sistematicamente e assiologicamente, la disciplina a tutela della 'debolezza' del consumatore e lo squilibrio che giustifica la tutela dell'impresa dipendente, a iniziare da quelle in materia di abuso di dipendenza economica.

La mia risposta a questo interrogativo è negativa, non essendo possibile costruire un unico principio o una regola generale (che è poi quella che autorizzerebbe il giudice, sul presupposto dell'asimmetria del potere contrattuale, a intervenire ortopedicamente sul regolamento contrattuale) dalle disposizioni che guardano al consumatore e da quelle che hanno il proprio perno sistematico nella dipendenza economica²³.

A mio parere, la tutela dell'*integrità del mercato* si scompone concettualmente e si risolve in due differenti momenti, entrambi necessari ed essenziali:

- i) da un lato, che esista e sia preservata una struttura del mercato concorrenziale, regolata, efficiente;
- ii) dall'altro, che sia data al consumatore finale una reale possibilità di scelta, operata in modo volontario, informato, scevro da inganni e costrizioni²⁴.

Esistono, pertanto, due diversi plessi normativi tra loro concorrenti, uno dei quali è costituito dalla disciplina che autorizza la correzione ortopedica del contratto nei contratti tra imprese, che s'ispira ai principî del diritto della concorren-

²² F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. SACCHI, A. T'OFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1 ss.

²³ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, spec. 536 ss.

²⁴ Cfr. N.W. AVERITT, R.II. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journ.*, 65 (1997), 713 ss. e, degli stessi A., *Using the "Consumer Choice" Approach to Antitrust Law*, *ivi*, 74 (2007), 175 ss. V. anche per taluni spunti M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, spec. 1259 ss.

za. L'altro concerne la disciplina a tutela *del* consumatore, anch'essa strumentale al funzionamento del mercato²⁵.

6. Gli interessi rilevanti e le diverse prospettive assiologiche

Credo però che – riconosciuti gl'indubbi meriti della proposta teorica di cui discutiamo – i dissensi siano fisiologici.

Infatti, una volta revocati in discussione taluni presupposti su cui le regole del contratto in generale sono state edificate, si dischiudono una serie di alternative e traiettorie molto diverse. Traiettorie rispetto alle quali le propensioni teoriche e ideologiche dell'interprete assolvono un ruolo rilevante, se non decisivo.

In fondo, lo stesso è accaduto una volta messi in discussione i presupposti della geometria euclidea, che a quel punto diviene *una* delle possibili geometrie.

Infatti, nella geometria iperbolica le rette possono divergere, ed è quindi possibile trovare molte rette parallele, che non si intersecano; mentre nella geometria ellittica le rette convergono sempre e quindi non esistono rette parallele.

Fuor di metafora, credo che – invece d'inseguire le singole traiettorie interpretative nelle costruzioni teorico-formali – sia piuttosto utile una discussione franca e senza infingimenti, che aiuti a comprendere quali sono gli obiettivi di politica del diritto che le diverse opzioni teoriche sottendono nel proporre l'una o l'altra soluzione e, così parimenti, gl'interessi tutelati e gli esiti allocativi che si determinano.

7. Il diritto della concorrenza e il contratto

Questo vale, prima di tutto, per il diritto della concorrenza²⁶.

Il diritto *antitrust* è stato interpretato, nelle sue varie fasi, come un diritto pensato per tutelare e favorire i piccoli produttori indipendenti, i consumatori, la concorrenza dinamica.

Si tratta, com'è evidente, di obiettivi molto diversi e che sottendono finalità ed esiti strutturali di mercato non coerenti tra loro.

²⁵ F. RISCHKOWSKY, T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economy as well as Behavioural Economics*, in *Journ. Consum. Policy*, 31 (2008), 285 ss.; M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Tübingen, 2011, in part. 135 ss.

²⁶ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 191 ss.; cfr. anche N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000.

La tutela e la sopravvivenza della piccola e media impresa, che opera quale subfornitore della grande impresa, guarda ai contratti di integrazione economica a monte del mercato.

La riduzione del prezzo ultimo al consumatore considera il conglomerato uno strumento per realizzare masse critiche idonee a minimizzare i prezzi al dettaglio.

La concorrenza dinamica guarda agli effetti prospettici che si generano nel mercato e all'obiettivo di assicurare un flusso continuo di offerte e prezzi innovativi, avendo pertanto un rilievo centrale gli investimenti e la capacità di innovazione.

Si tratta di proposte interpretative che si declinano, com'è evidente, attraverso regole molto diverse.

Eguale differenti possono essere le risposte e le soluzioni che si propongono ove ci si interroghi su quali siano le regole coerenti e, in ultimo, se debbano applicarsi le stesse regole in una fase di espansione economica, in una fase di recessione, al momento della crisi²⁷.

8. I contratti del consumatore

Lo stesso vale se guardiamo alla tutela del consumatore.

Il punto d'avvio attiene all'interrogativo in ordine al fondamento della tutela, ossia all'*antecedente* che sorregge la conformazione coatta del contenuto del contratto e la disciplina della nullità relativa, funzionalmente intesa alla protezione del consumatore²⁸.

A questo riguardo, non ha senso normativo – se non puramente descrittivo o ideologico – rinvenire nella “teoria dello sfruttamento” del consumatore da parte dell'impresa, ovvero nell'esigenza di proteggere la parte debole del rapporto, il presupposto che giustifica l'applicazione estensiva della disciplina consumeristica²⁹.

Si tratta d'una linea sia teorica sia interpretativa, che attenta dottrina ha lucidamente diagnosticato nella dottrina civilistica italiana, quando ha constatato che essa si fonda sulla precomprensione della disciplina del rapporto di consumo nel prisma teorico elaborato negli anni '70 del Novecento per il diritto sindacale³⁰.

²⁷ Su quest'ultimo punto v. V. MINERVINI, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, Napoli, 2018; cfr. anche, in senso critico, G. OLIVIERI e A. PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *AGE*, 2009, 1, 115 ss.

²⁸ Cfr. L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, 979 ss.

²⁹ G.L. PRIEST, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, in *90 Yale L.J.* (1981), 1297 ss.

³⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di), *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, 21 ss.

L'avere utilizzato il medesimo paradigma conoscitivo offerto dal diritto sindacale ha portato a identificare nei consumatori una "classe sociologica", che dev'essere, proprio nella sua dimensione di classe, sempre e comunque tutelata nei confronti dell'impresa.

Una declinazione della tutela consumeristica che nella dottrina italiana ha avuto un ragguardevole successo – a mio parere acritico e immotivato – è quella in ordine alla quale debba in ogni caso applicarsi la regola più favorevole al consumatore.

Molto diverse sono le conclusioni se si ritenga – come io ritengo preferibile – che la tutela del consumatore costituisca un segmento oggettivo della disciplina del mercato.

9. Una declinazione contenutistica della debolezza

Anche quando guardiamo a cosa s'intenda e quale sia la 'debolezza' che reclama tutela, le letture divergono di molto.

(i) Secondo la teoria dell'informazione, il rimedio garantito dalla norma imperativa serve a colmare il *gap* informativo che separa le parti³¹.

Aspetto, questo, che spiega la standardizzazione del regolamento contrattuale per favorire la comparazione delle opzioni presenti sul mercato, agevolando un effettivo confronto dei dati rilevanti, come ad esempio quelli inerenti al prezzo.

(ii) Secondo la prospettiva di economia neo-istituzionale il fondamento della disciplina a tutela del consumatore dev'essere decodificato entro un assetto di mercato regolato ed efficiente, che corregga i fallimenti del medesimo. Di esso il potere regolamentare delle autorità indipendenti costituisce il portato più evidente.

(iii) Ancóra, la prospettiva può essere quella dell'economia comportamentale, la *behavioral economics*, assumendo che il consumatore che opera nel mercato non è un soggetto razionale, in grado di scegliere in un'ottica di massimizzazione del proprio benessere ma, viceversa, un soggetto che agisce irrazionalmente, sulla base di spinte anche emotive e compulsive³².

³¹ Molto chiaramente, v. N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008, spec. 140. In termini generali cfr. H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, 2001.

³² G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 11 ss., e nello stesso volume, v. V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, 25 ss., 44.

10. Tutela del consumatore ed effetti sul mercato

Il discorso svolto può apparire astratto o teorico; invece, ha implicazioni e ricadute pratiche assai rilevanti.

(i) In primo luogo, chi teorizza quale obiettivo la massima tutela del consumatore, secondo una prospettiva interpretativa che imporrebbe di applicare estensivamente o analogicamente *sempre* la tutela più pregnante, si pone in una traiettoria tipicamente individualistica: ossia guarda alla regola formalmente applicata a quel singolo contratto.

Ben altre considerazioni possono svolgersi se si considera l'effetto aggregato che si determina sul mercato.

Non sempre il concorso tra regole e tra regolatori produce effetti virtuosi e genera un effetto pro-concorrenziale e/o *consumerist* come oggi taluno dice.

Questo ha a che vedere sia con l'assetto istituzionale del singolo mercato, sia con le azioni individuali e collettive poste a tutela del consumatore.

Si pensi al caso del prezzo degli SMS (mi avvalgo di questo caso, che ho già utilizzato nel passato in riferimento a un mercato oggi largamente soppiantato dalla messaggistica *voip* che è gratuita).

In Italia, la tutela del consumatore di servizi di telefonia mobile per quanto concerne il prezzo degli SMS è affidata, tra gli altri, all'Autorità antitrust (Agcm), all'Autorità delle comunicazioni (AgCom), al Ministero delle Telecomunicazioni, ai Corecom (nel passato anche a Mister Prezzi). Ad esse si aggiungono, i poteri inibitori *ex ante* delle Autorità, le inibitorie delle associazioni dei consumatori, la *class action* nella forma oggi ulteriormente rivista, oltre a tutte le azioni individuali.

Nondimeno, gli SMS inviati tramite operatori di telefonia italiani sono a lungo risultati tra i più cari d'Europa³³.

In sintesi, è molto diverso se si guarda alle regole e tutele formali che si applicano al singolo contratto o agli esiti allocativi finali nel mercato.

Una maggiore tutela in tanto assolve il suo compito se è in grado di modificare il prezzo ultimo sul mercato a vantaggio del consumatore. Ove così non accada (o a dirittura accada il contrario) significa che si generano ulteriori costi transattivi nella catena intermedia, che vanno a favore di professionisti, di associazioni di consumatori, di burocrazie pubbliche e private.

(ii) In secondo luogo, ci si deve chiedere se l'applicazione di regole che estendano la tutela non determini una riallocazione della ricchezza all'interno della platea dei consumatori, con un effetto puramente redistributivo, limitando tuttavia la concorrenza dinamica e l'offerta di prodotti innovativi.

³³ Fonte Telecomitalia (2012).

Tale critica è stata formulata con riguardo alla scelta di regolare taluni mercati attraverso norme imperative, invece che attraverso meccanismi di contabilità analitica e di informazione e trasparenza. Come ha fatto il legislatore quando ha vietato la penale nel caso di estinzione anticipata del mutuo acceso per l'acquisto di un immobile adibito ad abitazione principale (art. 120-ter, comma 1, TUB, introdotto dall'art. 4, comma 2, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141).

Rispetto alla scelta della conformazione coatta della regola contrattuale ci si può chiedere (e a mio parere l'interrogativo va sciolto su base empirica):

(α) se tali regole (*non*) abbiano determinato un mero effetto redistributivo, una diversa distribuzione di ricchezza all'interno della classe dei consumatori: segnatamente, un travaso di ricchezza dai consumatori più abbienti – che possono estinguere anticipatamente il mutuo – ai consumatori meno ricchi, che debbono necessariamente estinguere il mutuo a scadenza (e che per effetto della regola pagheranno un prezzo maggiore)³⁴.

(β) se avere vietato una penale nel caso di estinzione anticipata del mutuo abbia (*o non*) prodotto effetti migliorativi della dinamica concorrenziale – *i.e.* favorendo un maggiore dinamismo, una diversificazione dell'offerta e prezzi più convenienti per i consumatori³⁵.

Da questo esempio, mi pare possa derivarsi la conclusione, in termini metodologici, che l'applicazione estensiva o analogica di una regola esiga una valutazione in primo luogo dell'assetto del mercato su cui essa è destinata a incidere.

In un mercato caratterizzato da rilevante concentrazione, anelasticità della domanda e forti asimmetrie informative possono vedersi con favore gli interventi che attenuano o cancellano gli ostacoli alla mobilità dei consumatori; il discorso opposto vale se il mercato è fortemente elastico e concorrenziale.

(*iii*) Vi è poi un punto, che a mio parere è centrale, al di là dei modelli teorici, ed attiene all'onere della prova: *chi* e *cosa* debba provare ove s'intenda invocare, sul presupposto dell'asimmetria del potere contrattuale, l'intervento correttivo del giudice.

Ebbene la parte (non consumatore) che reclama la riscrittura giudiziale d'una parte del contratto cosa deve allegare e provare?

Ci si deve chiedere se sia sufficiente che alleghi la propria 'debolezza' e la disparità di forza contrattuale (sulla base, ad esempio, del proprio bilancio che

³⁴ P. FERRO-LUZZI, "Aberratio ictus" (*Legislatore e Autorità Garante vs. Banche e Abi*), in *Giur. comm.*, 2006, II, 290 ss.

³⁵ Cfr. A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 557 ss.

attesta che diversità di peso economico in contrapposizione all'impresa forte), e ciò basta a integrare il presupposto del potere correttivo del giudice.

Così come fa il consumatore che assume la propria qualità, il proprio *status* occasionale, a presupposto della tutela e dell'ortopedia del contenuto contrattuale.

Ovvero la parte debole è tenuta ad assolvere un onere più ampio, essendo chiamata ad allegare e provare una situazione di squilibrio *giuridicamente* rilevante, che assuma cioè la debolezza a presupposto (tra gli altri) di un'alterazione rilevante nella determinazione del prezzo e del regolamento contrattuale.

Un onere della prova che, allora, può ritenersi assolto solo alla luce dell'analisi del mercato di riferimento, dell'elasticità della domanda, della natura della prestazione, degli investimenti idiosincratici o replicabili che ha operato, delle eventuali barriere all'entrata e del grado di maturità del mercato.

Si tratta, com'è all'evidenza, di letture molto diverse.

11. Autonomia privata e controllo sul contenuto del contratto

Avere messo in evidenza le prospettive teoriche che si aprono una volta revocata in dubbio l'autonomia e l'intangibilità della regola contrattuale voluta dalle parti, credo aiuti a ridimensionare il confronto sugli argomenti meramente logico-formali.

Una simile prospettiva è stata contestata attraverso cinque argomenti³⁶:

- 1) che l'asimmetria informativa possa operare analogamente – o comunque non diversamente – nei contratti tra imprese e nei contratti del consumatore;
- 2) che sia ipotizzabile una reazione in relazione al prezzo squilibrato anche nei contratti dei consumatori;
- 3) che possa dirsi relativa anche la nullità prevista nei contratti tra imprese;
- 4) che il riferimento alla persona fisica, previsto nella disciplina del consumatore, possa sottendere valori (quantomeno non dis)omogenei rispetto a quelli sottesi alla tutela dell'impresa;
- 5) che la stabilità dei contratti tra imprese rilevi al pari di quella con i consumatori.

Non intendo qui discuterli analiticamente: a distanza di tempo su talune affermazioni dovrei – per ovvia onestà intellettuale – aggiornare l'analisi e ripensarla in più punti.

³⁶ V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, cit., 140 ss. replica a quanto da me argomentato in *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 515 ss.

Uno in particolare è, tuttavia, il punto di vertice che mi allontana da tale impostazione.

La tutela del consumatore non autorizza a pervenire alla conclusione che l'ordinamento miri ad affermare la prevalenza dell'interesse del consumatore sull'impresa, ovvero a favorire o preordinare un determinato esito nel funzionamento del mercato³⁷.

La tutela del consumatore, infatti, non si traduce affatto nella protezione d'un interesse finale, atteso che la tutela discende dal ruolo e/o dalla posizione assunta nel traffico negoziale³⁸. Costituisce piuttosto la difesa di un interesse *funzionale*, strumentale, che ha di mira un più efficiente funzionamento, inteso in senso dinamico, del mercato³⁹.

Non è questione di tutela d'una debolezza, come *fatto* giuridicamente apprezzabile, aspetto che (a me) sembra del tutto irrilevante nella applicazione della regola.

L'intervento, che l'ordinamento autorizza nella disciplina del contratto dei consumatori, si esaurisce nel singolo contratto e muove, quale condizione necessaria e sufficiente, dalla qualificazione formale delle parti, in quanto il contratto dev'essere concluso tra «il consumatore e il professionista» (art. 33, comma 1, c. cons.).

Questa lettura è confermata – e a me sembra non convincentemente smentita – dal fatto che:

- i) ben può acquistarsi un bene di consumo a un prezzo intrinsecamente e 'trasparentemente' squilibrato, se il contratto è «chiaro e comprensibile», se non vi è stata alcuna pratica commerciale scorretta;
- ii) la negoziazione individuale rimuove la vessatorietà della clausola (art. 34, comma 4, c. cons.);
- iii) la protezione *individuale* del singolo contraente è come tale disponibile alla parte, potendo di essa disporre negozialmente e decidere, parimenti, se avvalersi della invalidità.

Del tutto diversa è l'analisi che attiene ai rapporti contrattuali tra imprese.

³⁷ S. GRUNDMANN, *Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in K. RIESENHUBER (hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2007, 105 ss.

³⁸ M. ENGEL, J. STARK, *Verbraucherrecht ohne Verbraucher?*, in ZEuP, 2015, 32 ss.

³⁹ In termini generali si vedano gli spunti offerti da F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057 ss.

Qui è sugli effetti allocativi valutati alla stregua della struttura del mercato – ad iniziare dal prezzo anomalo – che deve svolgersi l'analisi, atteso che in ciò si sostanzia l'abuso di dipendenza economica o la posizione dominante nel mercato.

12. L'Euribor negativo

Non è casuale che la dottrina del contratto oggi si confronti sempre più spesso con le soluzioni proposte dalla giurisprudenza pratica, sia quella domestica sia quella unionista (e in ciò registriamo una cospicua differenza se confrontiamo le discussioni che la teoria generale del contratto, per così dire, classica ha determinato).

Come dicevo, infatti, le diverse prospettive teoriche si colgono proprio in relazione ai casi che sono in grado di governare e agli esiti e agli effetti allocativi che determinano.

Provo, pertanto, a discutere l'alternativa teorica che ho descritto con riguardo a un caso specifico, quello che concerne i contratti di mutuo per il fatto del sopravvenuto tasso Euribor negativo.

Assumiamo una clausola nei contratti di finanziamento per determinare il tasso variabile del seguente tenore: *"il tasso di interesse sarà pari all'Euribor (Euro Interbank Offered Rate) a 1/3/6/12 mesi rilevato dal comitato di gestione dell'Euribor (Euribor Panel Steering Committee) per valuta data di erogazione e pubblicato, di norma, su "Il Sole 24 Ore", moltiplicato per il coefficiente 365/360 (colonna "365" de "Il Sole 24 Ore"). Il tasso come sopra rilevato verrà arrotondato allo 0,05 superiore e maggiorato dello spread pattuito"*.

Ciò significa che il tasso variabile (TV) applicato ai contratti di finanziamento è dato dalla somma di un tasso di interesse pari all'Euribor (E) e del valore dello *spread* (S), ossia, utilizzando una formula matematica, $TV = E + S$.

La questione che tale formula contrattuale ha determinato è come vada interpretata la clausola contrattuale nell'ipotesi in cui l'Euribor assuma un valore negativo, addirittura maggiore del valore dello *spread* pattuito ($E > S$).

Sono astrattamente possibili tre diverse interpretazioni:

- (i) l'Euribor negativo è un valore "virtuale" e, quindi, non riduce il valore dello *spread* pattuito sicché, anche nell'ipotesi in cui l'Euribor sia pari a o minore di zero, il valore del tasso variabile è uguale al numero ordinale dello *spread* (se $E \leq 0$, allora $TV = S$);
- (ii) l'Euribor negativo è un valore effettivo e, quindi, esso si somma algebricamente al valore dello *spread* pattuito sicché, anche nell'ipotesi in cui l'Euribor sia pari a o minore di zero, il valore del tasso variabile sarebbe uguale alla somma algebrica sino al minimo dello 0 (se $E \leq 0$, allora $TV = S - E$, sino a $S = -E$);

- (iii) l'Euribor negativo è un valore effettivo che riduce il valore dello *spread* pattuito: sicché, anche nell'ipotesi in cui l'Euribor sia minore di zero, il valore del tasso variabile sarebbe uguale alla somma algebrica, ammettendosi anche uno *spread* negativo (se $E \leq 0$, allora $TV = S - E$).

A sostegno dell'interpretazione *sub* (i) militano i seguenti argomenti:

- (a) un argomento di ordine letterale e logico, consistente nel fatto che il riferimento alla "maggiorazione" contenuto nella clausola è incompatibile con l'ipotesi in cui il parametro di riferimento assuma valore negativo poiché il maggiorando non può diminuire la maggiorazione;
- (b) un argomento di ordine teleologico, in quanto la clausola è inserita nell'ambito di un contratto di mutuo e ne condivide la causa, la quale non tollererebbe la situazione in cui sia la Banca a dover versare al cliente una somma a titolo di interessi.

Alla conclusione *sub* (ii) o (iii) si perviene se si assume che l'interpretazione appena prospettata significherebbe l'applicare di fatto una clausola di c.d. "tasso minimo" ("*floor clause*"), che allora avrebbe dovuto essere espressamente pubblicizzata e inclusa nella pertinente documentazione di trasparenza e nella modulistica contrattuale. In sostanza, la *trasparenza* delle condizioni contrattuali avrebbe richiesto che fosse espressamente detto che, pur essendo il tasso variabile, il contratto prevedeva residualmente un tasso minimo di ammontare uguale allo *spread*.

E qui mi pare si delinei il punto su cui merita riflettere. Quali regole di interpretazione del contratto trovano applicazione e, poi, quale ripartizione del rischio e quali effetti allocativi si generano applicando la stessa regola al consumatore, alla microimpresa e alla grande impresa.

La disciplina di trasparenza, accolta agli artt. 116-117 TUB e nelle pertinenti disposizioni attuative, è pensata in ragione del superamento delle asimmetrie informative che si pongono nelle relazioni contrattuali con le controparti non bancarie e della rimozione delle possibili questioni interpretative che possono rilevare nell'esecuzione del rapporto⁴⁰.

Questa conclusione muove da un modello *unitario* e *indifferenziato* di parte e di relazione contrattuale. Nella disciplina bancaria in materia di trasparenza non si pone una distinzione della clientela, segnatamente il regime è equivalente a prescindere dallo *status* del cliente: consumatore, microimpresa, clientela professionale.

⁴⁰ V. A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in AA.Vv., *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, 237 ss.; nonché i saggi nel volume curato da Id., *La trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, Napoli, 2018.

Tale modello di regolazione, tuttavia, assume che la modulistica contrattuale sia unilateralmente predisposta dall'intermediario e come tale sottoposta alla clientela. In questa prospettiva, la disciplina in materia di trasparenza, eguale per tutte le tipologie di clienti, supplisce all'assenza di una negoziazione individuale, imponendo il rilascio di informazioni di dettaglio che agevolano la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi del contratto e ne consentono la facile confrontabilità con altre offerte.

Il medesimo meccanismo non è pensato per il (né trova giustificazione nel) caso in cui la documentazione contrattuale non sia unilateralmente elaborata e redatta dall'intermediario, ma sia invece il risultato di un articolato negoziato tra le parti o, addirittura, derivi da ulteriori e successive rinegoziazioni.

In queste ipotesi, è evidente che la controparte bancaria ha avuto l'opportunità di chiarire ogni singolo profilo del contratto così come di valutarne ogni implicazione: manca, dunque, quell'esigenza di limitare l'autonomia privata posta a base della disciplina di trasparenza, che impone articolati presidi di trasparenza per superare l'asimmetria informativa che non si collega a una trattativa individuale.

Di ciò è prova che la disciplina in materia di clausole vessatorie non trova applicazione quanto alle clausole oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, c. cons.).

Ciò mi pare autorizzi a ritenere che i contratti con le imprese (non 'micro'), negoziati e spesso rinegoziati a livello individuale, ivi comprese le relative clausole di determinazione del tasso d'interesse, possano e debbano essere interpretati alla sola stregua dei criteri previsti dal codice civile e dettati per tutti i contratti.

In questo senso – esclusa l'applicabilità della disciplina (di protezione) prevista per i soli consumatori e per la quale, in caso di dubbio, il contratto va interpretato a favore del contraente debole (art. 35, comma 2, c. cons.) – alle imprese trovano applicazione in via esclusiva i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.

Correttamente applicando detti canoni, ne deriva che:

- (i) tenendo conto del criterio volontaristico ai sensi dell'art. 1362 c.c., al momento della conclusione dei mutui a tasso variabile indicizzati all'Euribor, le parti – la Banca e l'impresa – necessariamente hanno inteso convenire un prestito oneroso, non concludere un contratto gratuito, cioè privo di corrispettivo, o che addirittura potesse trasformarsi in un onere per l'istituto concedente;
- (ii) è questo l'esito cui si perverrebbe in assenza di *floor*, in radice contraria con la causa del contratto di mutuo, e comunque incompatibile con il canone di cui all'art. 1366 c.c., atteso che non può essere ritenuto conforme a buona fede attribuire al contratto un significato che

avvantaggi ingiustamente un soggetto (nel caso di specie, l'impresa) a detrimento della propria controparte contrattuale (nel caso di specie, la Banca): in sostanza tale effetto allocativo appare del tutto privo di causa e inefficiente in termini economici;

- (iii) diversamente, la pacifica interpretazione dei meccanismi di determinazione degli interessi, in modo tale da assicurare comunque un valore positivo a beneficio della Banca mediante la valorizzazione del solo *spread*, rappresenta già di per sé una soluzione ermeneutica coerente con l'oggetto del contratto e idonea a realizzare un equo contemperamento degli interessi di entrambe le parti contrattuali (artt. 1369-1371 c.c.), essendo noto che, pur in presenza di un Euribor a valori negativi, il costo della provvista per la Banca è comunque, e sempre, tendenzialmente superiore a zero.

13. La fatturazione a 28 giorni dei servizi di comunicazione elettronica

Un altro caso che può essere utile considerare, ai fini della riflessione che si svolge, è quello della fatturazione a 28 giorni.

Anche qui il tema riguarda il limite che si pone all'intervento nel contenuto del contratto, e quali siano i presupposti normativi che lo accompagnano.

La materia del termine e del ciclo di fatturazione ha visto, per la prima volta, l'intervento del legislatore italiano, che ha disciplinato la cadenza della fatturazione dei servizi di comunicazione elettronica e ha stabilito che essa avvenga su base mensile o multipli del mese, concedendo agli operatori, senza operare distinzione alcuna tra i servizi prestati, un termine di 120 giorni per adeguarvisi (art. 1, comma 1, legge 4 dicembre 2017, n. 172, attraverso l'introduzione dell'art. 19-*quinqüesdecies*, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, ha integrato la disciplina già prevista dall'art. 1, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7).

L'intervento della norma imperativa non ha risolto tutti i problemi, ad iniziare dal trattamento dei rapporti anteriori all'intervento conformativo del legislatore, che erano stati governati da una deliberazione dell'autorità di settore (la Delibera n. 269/18/CONS, con cui l'AgCom ha prescritto alle società di telefonia di procedere al "*rimborso*", entro il 31 dicembre 2018, dei giorni erosi per effetto dell'applicazione da parte delle stesse di un ciclo di fatturazione a 28 giorni).

Il punto che mi pare qui rilevante concerne questo aspetto quanto al regolamento contrattuale: in che misura la tutela del consumatore giustifica – e allora quali – vincoli e controlli contenutistici, quando essi non siano espressamente autorizzati dalla norma?

Anche in questo caso, le prospettive teoriche che ho illustrato consentono di argomentare soluzioni del tutto opposte. Ed è il diritto ad una informazione «*adeguata e corretta e trasparente*» lo strumento che autorizza (o *non*) a riscrivere il contenuto del rapporto contrattuale.

A questo tema si aggiunge quello caratteristico della regolazione del mercato.

Il tema concerne il fondamento del potere dell'autorità di settore d'integrare – a livello contenutistico – la regolamentazione generale a tutela dei consumatori, tanto che l'art. 71 c. com. el. e la corrispondente norma unitaria (art. 21 direttiva 2002/22/CE) non consentono all'Autorità di conformare il contratto, per quella parte riservata alla determinazione imprenditoriale (com'è per le tariffe, e così per i periodi tariffari e i cicli di fatturazione)⁴¹. E d'altra parte, l'impresa nella materia delle comunicazioni elettroniche – come vuole già l'Allegato della direttiva 93/13/CEE, punto 1, lett. *f*) e punto 2, lett. *b*) – attribuisce al professionista il diritto di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, alla sola condizione che gli sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto.

14. Conclusioni

Come ho provato a dire, le traiettorie interpretative sono il frutto di assunzioni di vertice, ad iniziare dal mercato concorrenziale e della sua funzione, che è bene siano esplicite e non occultate dalle strutture logico formali, pure necessarie a guidare il percorso argomentativo.

Provo, tuttavia, a svolgere una conclusione, in chiave giusrealistica, con riguardo al portato pratico di queste prospettazioni teoriche avuto riguardo a chi decide.

Molte delle letture di cui ho discusso hanno un interlocutore diverso, rispetto a quello naturale dello studioso del diritto privato che è il giudice civile e la Corte regolatrice.

Di sovente, infatti, la decisione di casi che sottendono i temi inerenti all'applicazione della disciplina del consumatore e dell'impresa 'debole' è operata del giudice amministrativo. Ciò è naturale, atteso che la materia dei mercati regolamentati e delle Autorità indipendenti si traduce in provvedimenti amministrativi

⁴¹ Cons. Stato, Sez. VI, ord. 24 settembre 2020, n. 5588, pur sottolineando la legittimità degli interventi regolatori dell'Agcom a tutela del consumatore, ha rimesso alla Corte di Giustizia la valutazione circa la compatibilità con i principi e il diritto derivato dell'Unione del potere dell'autorità di settore di imporre agli operatori la cadenza non inferiore a quattro settimane per il rinnovo contrattuale e la fatturazione.

(prima che in contenziosi civili) che decidono sui conflitti tra operatori ovvero con i consumatori (come per le pratiche commerciali scorrette⁴²).

Ebbene, al giudice amministrativo si prospettano sovente due strade costruttive: da un lato quella del diritto privato, sia pure corretto e ripensato dalla regolazione, dall'altra quella del contratto di diritto pubblico⁴³.

Alla stregua della prima, è in discussione un contratto di diritto privato, pur tuttavia ridefinito e ridisegnato nei suoi aspetti funzionali e strutturali dalla geometria del mercato di riferimento, secondo la prospettiva che può indicarsi nei termini del diritto privato regolatorio⁴⁴.

Nella seconda, invece, la matrice pubblicistica assorbe integralmente e conforma la natura del rapporto privatistico, qualificandone i tratti morfologici.

È evidente che le due diverse prospettive intercettino sensibilità diverse e non sorprende che, talora, la seconda parli un linguaggio più coerente e più prossimo a quello del giudice amministrativo.

⁴² A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 297 ss.

⁴³ Per una discussione si v. Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4422, con nota di T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, 2497 ss. TAR Lombardia-Milano, Sez. II, 18 settembre 2018, n. 2101, con nota di T. SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, 2019, 810 ss.

⁴⁴ Nel senso proposto da F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 95 ss. e da H.W. MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 6 (2009), 254 ss., *Id.*, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law—The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 28, 2009, 3 ss.; ed ora v. l'*Habilitationsschrift* di A. HILLEGARDT, *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen, 2016.