

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



ESTRATTO PER L'AUTORE

www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., <i>Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto</i>	p. 521
17. CAPALDO G., <i>Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile</i>	p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., <i>Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali</i>	p. 589
19. CARLEO R., <i>Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica</i>	p. 611
20. CATERINI E., <i>Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale</i>	p. 631
21. CAVALLARO M., <i>Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali</i>	p. 655
22. CENINI M., <i>Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione</i>	p. 677
23. CIOFFI C.B.N., <i>La trasparenza della causa dei contratti derivati</i>	p. 695
24. CIPRIANI N., <i>Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto</i>	p. 741
25. CORDIANO A., <i>Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità</i>	p. 767
26. CREA C., <i>Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi</i>	p. 803
27. D'AMICO G., <i>L'insostituibile leggerezza della fattispecie</i>	p. 837
28. DELFINI F., <i>Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto</i>	p. 865
29. DEPLANO S., <i>Dignità della persona e stati intersessuali</i>	p. 895
30. DI NELLA, <i>Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti</i>	p. 933
31. DI ROSA G., <i>La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem</i>	p. 995
32. EMILIOZZI E.A., <i>Le firme elettroniche</i>	p. 1029
33. FACCIOLI M., <i>La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza</i>	p. 1043
34. FARINA V., <i>Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento</i>	p. 1059
35. FEMIA P., <i>Opposizione ermeneutica ed effettività</i>	p. 1107

36. FICI A., *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato* p. 1151
37. FOGLIA M., *Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)*p. 1185
38. FOLLIERI L., *Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione*p. 1203
39. FRANZONI M., *Il contratto d’accertamento: un paradosso*p. 1235
40. FREZZA G., *Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede*p. 1259
41. GABRIELLI E., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica* p. 1279
42. GALLARATI A., *Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf*p. 1313
43. GALLO P., *Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività*p. 1353
44. GAMBINO F., *Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale*p. 1395
45. GARACI I., *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale*p. 1405
46. GENOVESE A., *La clausola di recesso*p. 1439
47. GIANNINI M., *Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele*p. 1465
48. GORASSINI A., *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?*p. 1495
49. GORGONI A., *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita* p. 1505
50. GRANELLI C., *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE*p. 1569
51. GRISI G., *La quarantena dei contratti di durata*p. 1593
52. GRONDONA M., *L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)* p. 1633
53. GROSSI P., *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*p. 1665
54. IAMICELI P., *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse leso» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitito</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569

ANDREA ZOPPINI
Professore ordinario di Diritto civile
Università “Roma Tre”

DIRITTO PRIVATO GENERALE, DIRITTO SPECIALE, DIRITTO REGOLATORIO

SOMMARIO: 1. Diritto generale e diritti speciali: l'impostazione di un problema. – 2. Un diritto dei mercati regolamentati?. – 3. Il codice civile e le teorie neoclassiche del mercato. – 4. L'interpretazione delle norme sui contratti del mercato regolamentato. – 5. Diritto regolatorio e sistema.

1. Diritto generale e diritti speciali: l'impostazione di un problema.

La dialettica fra diritto comune e diritti speciali come tratto caratteristico della modernità e la ricerca di un metodo nuovo per la disciplina del contratto rappresentano temi assai cari all'Onorato¹.

Taluni quesiti giustificano più d'un preliminare schiarimento di ordine sistematico e normativo. Mi limito a sottolinearne alcuni: quando può dirsi generale la regola del diritto privato? E quale relazione sussiste tra più regole che derogano alla norma generale²?

Il diritto privato è stato edificato sulla distinzione tra le regole suscettibili di disciplinare casi analoghi e le regole eccezionali (art. 14 disp. prel.), insuscettibili pure di estensione interpretativa. Non

¹ Si veda, in particolare, VETTORI, *La funzione del diritto privato in europa*, in *Pers. e merc.*, 2018, p. 143 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 10 ss.

² Sul tema si vedano i saggi raccolti da PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008 e da NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008.

invece univoco è se l'analogia sia (sempre) preclusa alla norma speciale, così individuata perché quel medesimo fatto – in mancanza d'una fattispecie che identifica un sotto-insieme ($x + 1$) – sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva l'insieme ($= x$) cui la prima appartiene³.

Oggi, la soluzione affidata alla collocazione topografica nel codice civile non ci consegna (*più*) alcun approdo definitivo, né possiamo dire che non si diano regole suscettibili d'applicazione analogica fuori del codice. Lo dimostra la riflessione che direttamente investe la stessa teoria generale del contratto: basti pensare alla costruzione teorica del contratto con asimmetria del potere contrattuale e, per altro verso, alla “consumerizzazione” del diritto dei contratti⁴.

Centrale è invece il tema del rapporto fra regole del codice civile e regole di settore, come quelle del codice del consumo⁵.

³ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, diretto da Mengoni, I, t. II, p. 194 ss., 241 ss. e 403); GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle “Preleggi”*, Torino, 1989, p. 99 ss. In generale sulla norma speciale ZORZETTO, *La norma speciale*, Napoli, 2011.

⁴ In proposito, cfr. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2013, p. 65 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.; SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, 2008, p. 493 ss.; mi sia consentito rinviare, per una diversa impostazione, a ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, p. 529 ss. Sul rapporto tra diritto comune dei contratti e diritto del consumo cfr. anche MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières? Études de droit de la consommation*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 697 ss.; in riferimento al rapporto tra disciplina comune e consumeristica si veda ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche debbano sempre interpretarsi restrittivamente e non siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico.

⁵ Si vedano CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. e ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria.*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.;

Occorre inoltre domandarsi se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre tra norme egualmente speciali – perché, ad esempio, derogatorie alla regola del codice civile – non possa darsi siffatta relazione, sì da poter concorrere a disciplinare il medesimo fatto.

Le categorie concettuali, in primo luogo quelle costruite sul rapporto tra genere e specie, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel presentare il problema e guidare l'interprete ad un approdo, atteso che esse sottendono sovente talune opzioni interpretative inesprese. Al fondo, già la comparazione diacronica e sincronica dimostrano che i criteri per sciogliere il *casus dubius, omissus* o *non decisus* hanno trovato, nel tempo e nello spazio, risposte diverse nell'interazione dei formanti dell'ordinamento, conteso tra uno *ius proprium* e *singulare* contrapposto ad uno *ius commune*, vedendo prevalere talora la norma scritta, in altri momenti quella di diritto comune o del diritto naturale, ancora la *lex alius loci* o la regola sapienziale⁶.

Sciogliere l'interrogativo sulla qualità generale o speciale d'una norma di diritto privato sottende un modello di comprensione del reale giuridico costruito su elementi conoscitivi e valutativi tutt'altro che fermi – quando non meritevoli di radicale revisione concettuale –, quali la statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'adozione della medesima gerarchia per le norme rivenienti dall'ordinamento comunitario, l'autonomia oggettiva e soggettiva

si vedano altresì LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 4 ss. e BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.; VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, pp. 751-769.

⁶ GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro Italiano*, 1969, p. 112 ss.

del diritto privato, la netta separazione conoscitiva tra il diritto pubblico e il diritto privato⁷.

All'interno della riflessione sul rapporto tra diritto privato generale e diritto speciale, definisce rispetto a quest'ultimo un sotto-insieme il diritto privato "regolatorio", volendo così in modo stipulativo indicare 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 regolamentati⁸.

In quest'ultima prospettiva, si registra obiettivamente un mutamento rispetto alla lettura tradizionale, atteso che impone di guardare al diritto privato generale dal punto di osservazione prospettica, senz'altro esterno, della regolazione del mercato.

Il quesito su cui impernare la riflessione è allora se, in che misura e con quali limiti, le norme del codice civile possano esprimere principi interpretativi generali anche per la disciplina dei mercati regolamentati: segnatamente, quale rapporto sussista tra le norme generali del codice civile e la disciplina propria dei contratti che si concludono nei mercati regolamentati.

Dopo una premessa di ordine metodologico, mi proverò svolgere i seguenti tre punti:

⁷ Cfr., per molti utili spunti, REYMAN, *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*. Mohr Siebeck, 2009.

⁸ Soprattutto MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*. in *Eur. Priv. Law Rev.*, 2009, p. 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*, 2010, p. 3 ss.; e per un'analisi critica CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 95 ss.; per un modello applicativo si veda BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio inter-disciplinare*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 569 ss. Per una analisi più ampia dei temi connessi si vedano GITTI - VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. In una prospettiva diversa cfr. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.

(i) un punto d'avvio giusrealisticamente significativo del discorso: quanto effettivamente soccorre il codice civile quando si tratta di disciplinare i contratti dei mercati regolamentati;

(ii) un problema di teoria dell'interpretazione, e cioè se all'interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati si applichino le medesime regole di cui ci avvaliamo nell'interpretare le norme del codice;

(iii) ancóra, se i due comparti facciano appello e siano governati dagli stessi principî generali e dalle medesime norme generali.

2. Un diritto dei mercati regolamentati?

Lo studioso del diritto privato aspira a governare con la regola generale gli specialismi settoriali. Quest'attitudine, come ben ha mostrato Mario Libertini, spesso confina il *soi disant* teorico generale, ma incapace di conoscere e approfondire la regola speciale, in un generalismo astratto e sterile, talora a dirittura frustrante⁹. Non che la teoria generale e i principî generali non abbiano molto da esprimere nel settore dei mercati regolamentati, ma questo impone sempre un approfondimento analitico delle regole speciali che li valgono.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al radicale rinnovamento che la sentenza *Franzo Grande* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha prodotto sull'accertamento dei principi sanzionatori nei mercati regolamentati, segnatamente in quello finanziario e poi in quello bancario¹⁰. Fino a tale arresto, un consolidato orientamento

⁹ LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 265 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014. Per un approfondimento, VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, *Riv. soc.*, 2014, p. 528 ss.; MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 478 ss. Tra le decisioni della giurisprudenza convenzionale che sono risultate in linea con quanto deciso nella controversia *Grande Stevens e altri c. Italia*, si vedano i casi, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, 16 aprile 2019. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla decisione della Corte EDU

giurisprudenziale interno aveva affermato la legittimità costituzionale (anche rispetto alle norme interposte di recepimento della normativa sovranazionale) di un sistema sanzionatorio che per la stessa violazione prevedesse una duplice sanzione (e quindi un duplice procedimento), penale ed amministrativa¹¹. Alla base dell'assunto si sosteneva che il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU si riferisse ai meri procedimenti penali, non potendo dunque riguardare le ipotesi di applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa¹². Ad avviso dei giudici europei, viceversa, dopo la comminazione di sanzioni “sostanzialmente” afflittive da parte del regolatore di settore (nel caso di specie la Consob), l'attivazione di un giudizio penale sui medesimi fatti violerebbe il principio del *ne bis in idem*¹³. Pur avendo il procedimento innanzi all'*Authority* natura amministrativa, in caso di sanzioni particolarmente afflittive, queste ultime possono essere considerate, sulla scorta dei criteri *Engel*, come misure sostanzialmente penali¹⁴.

in rassegna, cfr. Corte giust., C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri c. Consob*, 20 marzo 2018.

¹¹ Cfr. Corte Cost., ord. n. 409/1991 nella parte in cui afferma che “il principio del cumulo delle pene pecuniarie e delle sanzioni penali – quale posto dalla norma censurata – rappresenta, sì, una disciplina differenziata rispetto all'opposto principio della specialità operante in generale per le sanzioni amministrative irrogabili per fatti che integrerebbero anche gli estremi di un reato, ma è nient'affatto irragionevole, né lesivo del principio di eguaglianza, attesa l'assoluta diversità degli illeciti ai quali le due disposizioni si riferiscono e la peculiarità delle violazioni finanziarie, per le quali legittimamente il legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità – può modulare la reazione dell'ordinamento giuridico al comportamento illecito del contribuente con una duplice sanzione, pecuniaria e penale”.

¹² Corte giust. UE, C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013; Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424.

¹³ Sulla mancata violazione del *ne bis in idem* in caso di reazione ordinamentale coordinata e di sufficiente connessione tra procedimenti penali e amministrativi, si veda Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016; nonché, Corte giust. UE, C-524/15, *Menci*, 20 marzo 2018.

¹⁴ Cfr. Corte EDU, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. I criteri che devono guidare l'interprete nell'attribuzione della corretta natura alla sanzione sono, alternativamente, rappresenta ti: i) dalla qualificazione giuridica della

L'esempio appena prospettato può aiutare a comprendere come la dialettica concettuale costruita sul rapporto generale vs speciale e poi sul tema della decodificazione – che, come noto, lega il lemma al nome autorevole di Natalino Irti – presenti caratteristiche molto distanti rispetto ai temi propri dei mercati regolamentati¹⁵.

Occorre a questo riguardo muovere da un interrogativo: se sia metodologicamente corretto indagare il diritto dei mercati regolamentati come se si trattasse di discipline suscettibili di unificazione. E allora, se abbia senso un discorso generalissimo, come quello che si può fare sugli istituti del codice civile.

Con il sintagma “mercati regolamentati” facciamo, per solito, riferimento a quell'insieme di regole che coincide e ha accompagnato i processi di liberalizzazione di mercati prima gestiti in regime di privativa da pubblici poteri o eventualmente da loro concessionari; e che oggi sono stati privatizzati e affidati al controllo delle autorità di regolazione. I processi di privatizzazione hanno generato un rilevante fenomeno normativo e le autorità del mercato sono fonte di produzione di regole¹⁶.

Quando si prova a costruire una teoria del diritto privato regolatorio si fa riferimento a un regime di regole perimetrabile dall'intersezione tra le norme di diritto privato e il diritto della regolazione pubblica, e che presenta caratteristiche suscettibili di unificazione concettuale.

Al contempo, tuttavia, occorre essere consapevoli che quando si discute di mercati regolamentati un discorso generale non sempre è metodologicamente coerente o fruttuoso. Lo dimostra, per esempio, il tema della possibilità di utilizzare analogicamente le regole

sanzione secondo il diritto interno; ii) dalla natura dell'illecito; iii) dal grado di severità della sanzione.

¹⁵ IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; ID., *Codici di settore: compimento della “decodificazione”*, in SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss.

¹⁶ CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in ID., *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.; NAPOLITANO, ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p.125 ss.

elaborate per i settori che sono stati liberalizzati per primi, tipicamente le telecomunicazioni, ai settori liberalizzati successivamente, quali per esempio quelli dell'energia e dei trasporti¹⁷.

Non solo, dunque, è problematica un'operazione di unificazione oggettiva della disciplina, ma anche il tema della tutela del consumatore presenta evidenti indizi che suggeriscono di considerare separatamente i singoli mercati e di mettere in esponente l'esigenza d'una interpretazione orientata alle conseguenze (tanto più se si accolga una prospettiva di analisi *behavioural*¹⁸).

Si prenda il caso della interpretazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che autorizzano l'interprete a guardare ai *Realtypen*, e segnatamente al consumatore *medio*, valorizzando il fatto che il medesimo consumatore adotti comportamenti decisamente diversi in relazione ai vari mercati di riferimento¹⁹. Ad esempio, è un dato sostanzialmente acquisito che il consumatore in materia di telecomunicazioni sia – almeno tendenzialmente – un consumatore avvertito, informato e sensibile alle modificazioni del prezzo; al contrario, lo stesso consumatore nel mercato dell'energia è molto meno informato e reattivo²⁰.

Se quindi la stessa persona si comporta in maniera assai differente a seconda dei mercati di riferimento, le conseguenze delle proposte interpretative delle medesime norme possono essere molto diverse. In concreto, innalzare la soglia di tutela del consumatore in un

¹⁷ NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009; PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *Federalismi.it*, 2014, 6, p. 1 ss. Con particolare riferimento al mercato energetico, BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.

¹⁸ ROJAS ELGUETA, VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

¹⁹ Art. 20, comma 2°, art. 21, commi 1° e 2°, art. 22, commi 1° e 2°, c. cons. In tema, LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 73 ss.

²⁰ STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 695 ss.

mercato, come quello del gas, nel quale il consumatore è meno reattivo e propenso a riallocare in maniera efficiente la propria domanda può avere quale effetto quello di tutelare maggiormente l'impresa *incumbent*.

3. *Il codice civile e le teorie neoclassiche del mercato*

Provo a questo punto a dare risposta ai quesiti che ho formulato, e, per offrire schiarimenti, mi avvarrò di talune semplificazioni.

Il primo quesito: quanto è utile il codice civile quando analizziamo la disciplina dei mercati regolamentati?

Che si tratti di un contributo complessivamente modesto è una risposta che può essere relativamente agevole formulare e riterrei che, almeno su questo punto, si possa raggiungere un consenso in chi legge. Su questo piano, un primo elemento problematico attiene alle *condizioni* alle quali possa riconoscersi una lacuna e se essa possa essere colmata attingendo alle norme del codice.

La diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale, in ipotesi alla norma generale proposta dal codice civile, sottende una valutazione dell'interprete che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione evidentemente non agevole quando le fonti e le norme parlino linguaggi molto diversi, presuppongano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una legittimazione formale molto differente.

Se limitiamo qui l'analisi alla parte generale del contratto – e così pure quella dei contratti speciali – non possiamo non considerare che la disciplina del codice costituisce un sistema di regole fondato sulla centralità del soggetto di diritto, assume un modello di agire di tipo individualista, presuppone lo Stato nazionale e muove da una netta separazione del diritto pubblico e del diritto privato²¹. Soprattutto, il codice civile, anche se non è esplicito in nessuna regola, presuppone il mercato perfetto e considera quale unica deviazione da esso il

²¹ ZOPPINI, *Il diritto dei privati e i confini dello Stato nazionale, un itinerario*, in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 17 ss.

monopolio legale, secondo quanto messo opportunamente in luce da uno storico francese²².

Al contrario, la teoria della regolazione – e tutta la disciplina dei mercati regolamentati – presuppongono il fallimento del mercato e muovono dall'esigenza di correggerne gli effetti e di emendare le asimmetrie dei rapporti contrattuali²³.

Com'è sovente ripetuto, il contratto presuppone la libertà del *se* e del contenuto del contratto: il codice civile vede il contratto come una (manifestazione di) libertà dell'individuo, dell'*io* kantiano²⁴; al contrario, tutta la prospettiva regolatoria guarda al contratto come una necessità, serialmente ripetuta nei rapporti di consumo, e si pone semmai il problema della possibilità di accedere al mercato²⁵.

Anche la fattispecie del contratto, inteso come accordo vincolante, produttivo di effetti giuridici, non sempre orienta la qualificazione degli accordi che si realizzano nei mercati regolamentati.

Ciò in concreto significa che quando diagnostichiamo l'esistenza di un accordo vincolante, ci dobbiamo interrogare se effettivamente debbano sussistere *tutti* gli elementi che il codice ritiene costitutivi d'un contratto, ossia lo scambio di volontà, l'oggetto, la causa, la forma.

Una prima cesura rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto si registra oggettivamente nel diritto del consumo, ove si assiste: *i*) allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'oggettività del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un bisogno (ciò che ha fatto parlare di “quasi contratto”, di “rapporti contrattuali di fatto”, e ancora – sempre in questa linea teorica – di

²² OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Revue sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ss.

²³ ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529 ss.

²⁴ GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Archives de philosophie du droit*, 1981, p. 35 ss.

²⁵ D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, p. 1 ss.

“scambi senza accordo”²⁶); ii) allo scarto logico tra la determinazione all’acquisto e il regolamento contrattuale²⁷; iii) all’eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo; iv) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all’assenza di soluzioni di continuità tra l’informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto e, poi, della prestazione. Un’analoga cesura può constatarsi nei mercati regolamentati, ove lo stesso concetto di *accordo* quale elemento essenziale del contratto ha una valenza oggettivamente diversa. Si pensi alla qualificazione della collusione ovvero delle intese illecite. Ove si ritenesse di adottare lo schema proprio del codice civile, fondato sull’incontro di volontà, sull’esistenza di un accordo, sull’accertamento di una causa, molti di questi fenomeni sarebbero di difficile diagnosi²⁸. Si pensi per esempio al tema dell’accertamento del patto occulto, ove l’autorità di regolazione del mercato tende a riconoscere la collusione anche

²⁶ IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; ID., “È vero, ma...” (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 601 ss. Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tubingia, 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 1984, p. 23 ss.

²⁷ Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà BROWNSWORD, HOWELLS, WILHELMSSON, *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield, 1994.

²⁸ LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in OLIVIERI, ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008, p. 89 ss.; GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 55 ss.

nella mera coincidenza di comportamenti attuati a prescindere da qualsiasi accordo²⁹.

Ancor di più, un'opzione selettiva fondata sulla fattispecie contrattuale non ha spazio quando si faccia riferimento all'accordo anticoncorrenziale e a tutte quelle discipline che generalizzano lo schema concettuale della disciplina antitrust, rispetto alla quale l'accordo si risolve sostanzialmente in un dato che viene accettato *ex post* sulla base degli effetti che si producono nel mercato e della convergenza materiale dei comportamenti³⁰.

Quindi su questo punto potremmo dire – ed è il punto su cui dovrebbe essere, tutto sommato, di più agevole raccogliere il consenso – che le categorie del codice civile e i suoi principî ordinanti offrono strumenti poco efficaci quando si tratta di orientare il processo interpretativo nei mercati regolamentati³¹.

4. L'interpretazione delle norme sui contratti dei mercati regolamentati.

Passiamo al secondo punto che è insieme più problematico e forse più stimolante in termini anche teorici: quando interpretiamo le

²⁹ Cfr. la Delibera 19360 del 17 settembre 2015 della Consob, con la quale veniva irrogata una sanzione pecuniaria in violazione dell'art. 149, comma 1°, lett. a), TUF da parte dei componenti del consiglio di sorveglianza di Ubi Banca, per omessa vigilanza circa l'assenza di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 123-bis, comma 1°, lett. l) e comma 2°, lett. d), TUF. La misura sanzionatoria è stata ritenuta illegittima da Cass., Sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962, non configurandosi, a monte, una responsabilità legale per i membri del consiglio di sorveglianza (il provvedimento è risultato, quindi, in contrasto con i principi di legalità, tassatività e determinatezza).

³⁰ ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 ss.

³¹ GRUNDMANN, *Europa und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tubingia, 2007, p. 105 ss. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberalista cfr. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Tubingia, 1971.

norme che disciplinano i mercati regolamentati utilizziamo le stesse regole con cui interpretiamo il codice civile³²?

La mia risposta sotto questo profilo è negativa per una serie concorrente di ragioni.

La prima è giusrealista: in materia di mercati regolamentati, molti dei quesiti che noi poniamo al giudice non sono rivolti al giudice civile, ma sono risolti dal giudice amministrativo. Questo è tutt'altro che irrilevante ai fini, poi, del risultato che ne scaturisce.

Taluni rilevanti temi del diritto dei consumatori e del rapporto tra esso e il diritto dei contratti che sono stati decisi dal Tar del Lazio e poi dai giudici di Palazzo Spada. Penso ad esempio al tema dello *ius variandi*, ovvero al tema della trasparenza del contratto (che sottende l'applicabilità estensiva delle norme a tutela del consumatore)³³.

Fatta questa premessa, provo a illustrare il tema della biforcazione teorica con due esempi:

(i) Vige nel nostro ordinamento una norma che vieta il cosiddetto *gold plating*: si tratta di una norma che s'indirizza al legislatore, ma che ritengo pacificamente viga anche per le autorità indipendenti che attuano il diritto di derivazione unionista, e a

³² ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

³³ Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1424. I giudici amministrativi, intervenendo in tema di *ius variandi* nei contratti delle comunicazioni elettroniche, hanno ritenuto legittimo il regolamento dell'AGCOM – "Recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche" (adottato con delibera n. 519/2015) – nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono esercitare lo *ius variandi* solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo. Ciò in quanto "la norma regolamentare recepisce una regola posta da disposizioni primarie che pongo- no limiti all'esercizio dello *ius variandi* ulteriori rispetto alla sola previsione del diritto di recesso". L'affermazione tradisce un'interpretazione estensiva delle norme a tutela del consumatore, basata, nello specifico, sulla lettura coordinata degli artt. 70, c. com. el. e 33, comma 2°, lett. m), c. cons. Tale ultima disposizione è stata ritenuta applicabile al caso di specie dal giudice amministrativo, in quanto, pur essendo norma generale, individua una maggior tutela per il consumatore. V., SIRENA, *Effetti e vincolo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto, Effetti*, III, Milano, 2006, p. 141 ss.

maggior anche per l'interprete³⁴.

A mente di tale norma “gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”, specificando altresì che “costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive”.

Cosa significa per il legislatore e per il regolatore il divieto di *gold plating* e quali implicazioni ha in termini interpretativi?

In sostanza, nell'ascrivere un significato alla norma, l'interprete non dovrà accrescere o arricchire la soglia dell'armonizzazione minima prevista a livello comunitario.

Questo ha, a mio parere, rilevanti conseguenze ermeneutiche, atteso che, di volta in volta, l'interpretazione dovrà esser ponderata, al fine di evitare che la disposizione violi il *level playing field* sotteso all'armonizzazione comunitaria.

Tale prospettiva presenta non banali ricadute anche con riguardo, ad esempio, alla revisione concettuale della tesi di coloro i quali ritengono che nel nostro ordinamento viga il principio di massima tutela del consumatore (ossia il principio in ordine al quale debba sempre applicarsi la regola poizore rinvenibile nell'ordinamento a tutela del consumatore)³⁵.

³⁴ Il riferimento è all'art. 15, comma 2°, lett. b), legge 12 novembre 2011, n. 183, attraverso il quale sono stati aggiunti i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater all'art. 14 legge 28 novembre 2005, n. 246.

³⁵ PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2013, VI, p. 487 ss.; DALLA MASSARA, *La “maggior tutela” del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. e impr.*,

Provo però a esemplificare quanto affermo mediante il richiamo di una novità legislativa: vale a dire le misure per il contrasto alla ludopatia, previste da parte del D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (cosiddetto Decreto dignità)³⁶, mediante le quali si intende vietare la pubblicità e la sponsorizzazione di giochi e scommesse e intendendo, così, rafforzare la tutela del consumatore³⁷.

A livello comunitario, allo stato attuale, manca una regolamentazione vincolante ed uniforme per il mercato dei giochi e delle scommesse³⁸: tale lacuna normativa non può, tuttavia, legittimare una disciplina settoriale di matrice nazionale che si ponga in contrasto con i principi e le regole del diritto europeo, tra cui rientrano le libertà di stabilimento e circolazione dei servizi. Il problema principale è quello del giusto bilanciamento tra il mercato interno e la salvaguardia di interessi nazionali extra-economici, di carattere generale e di natura pubblicistica, riconducibili alla tutela dei consumatori e alla protezione della salute. Le autorità nazionali devono dimostrare che le misure adottate per esigenze imperative di interesse generale siano idonee, necessarie e proporzionate al raggiungimento dello scopo prefissato nella normativa di riferimento, non integrando alcuna forma di discriminazione: diversamente, i provvedimenti statali genererebbero effetti restrittivi sulla concorrenza e del mercato unico.

2016, p. 743 ss.; BENEDETTI, *Mercati regolati*, Milano, 2014; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159 ss.

³⁶ Si tratta degli artt. 9 e 9 quinquies del D.L. 12 luglio 2018, n. 87, così come convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

³⁷ Uniche eccezioni sono i loghi sul gioco sicuro dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, le manifestazioni di carattere puramente locale o ricreativo/culturale e le lotterie nazionali a estrazione differita.

³⁸ L'art. 2, par. 2, lett. h), direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dal campo di applicazione attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse; l'art. 1, par. 5, lett. d), Direttiva 2000/31/CE, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, esclude dal perimetro della propria applicazione i giochi d'azzardo, le lotterie e le scommesse.

Giova intanto premettere che il legislatore italiano ha trascurato – come pure avrebbe dovuto – di notificare queste regole tecniche, in base a quanto previsto dall’art. 8 della direttiva 98/34/CE³⁹ e che il caso italiano risulta essere un unicum sul piano europeo per l’ampiezza del divieto sancito nell’art. 9 D.L. 87/2018. Infatti, seppure forme di regolamentazione stringente della pubblicità e sponsorizzazione dei giochi e delle scommesse siano previste in diversi Paesi europei, la pervasività del divieto italiano non ha equivalenti in altri ordinamenti nazionali, anche laddove la regolamentazione del settore risulta essere guidata da regole mirate a riservare un trattamento speciale ad attività collegate a servizi potenzialmente dannosi per l’individuo, pure attraverso la costituzione di monopoli pubblici o privati⁴⁰.

Nelle materie non armonizzate, ove permanga in capo all’ordinamento nazionale la potestà normativa, l’armonizzazione minima si attua attraverso le libertà fondamentali del Trattato sul funzionamento dell’unione europea: il divieto valevole in Italia, sicuramente non vincolerebbe, infatti, tutti gli operatori esteri che operano all’interno del mercato comunitario (così, ad esempio, è possibile che il Barcellona disputi le gare di Champions League in Italia pubblicizzando attività di *gaming*). In questo quadro ordinamentale, l’efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato permette che la forza imperativa di queste ultime s’indirizzi, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all’ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali. Da qui può ricavarsi che il principio che vieta il *gold plating* possa o debba indurre una interpretazione restrittiva delle regole domestiche. Naturalmente, a fronte di questa lettura, un’obiezione potrebbe consistere nel valorizzare gli interessi

³⁹ Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁴⁰ GAMBINO, CORRADO, *Il divieto di pubblicità di gioco e scommesse. Il modello italiano*, in *Giustiziacivile.com.*, 2018.

generali e le finalità sottese alla normazione statale proibitiva, in quanto volta a tutelare la persona⁴¹.

(ii) L'interpretazione della norma di derivazione unionista è comunque governata dalla fonte comunitaria, con la pratica conseguenza – che potremo dire di strabismo ermeneutico – che al lemma di derivazione europea si dovrà assegnare un significato coerente a quello della fonte originaria. E così pure il presidio della sua corretta interpretazione è costituito dalla Corte di giustizia dell'unione europea.

Provo a fare un esempio. La direttiva in materia di offerte pubbliche d'acquisto prevede che il legislatore nazionale possa arricchire di nuove fattispecie la regolamentazione della materia, purché ciò avvenga in modo preciso e con regole chiare e definite: come previsto dall'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/25/CE, “gli Stati membri possono fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte dalla presente direttiva per regolamentare le offerte” per dare concreta applicazione ai principi generali previsti dall'art. 3, par. 1⁴².

Alla Corte europea è stato domandato se la richiesta di una norma di precisa ed esatta individuazione precluda al legislatore nazionale l'utilizzo di concetti indeterminati ovvero di norme generali: nel caso specifico si trattava d'interpretare, alla luce dell'art. 5, par. 4, comma 2°, lett. d)⁴³, della direttiva, una normativa nazionale, come

⁴¹ Per più ampi riferimenti, sia consentito un rinvio a ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in MEZZANOTTE (a cura di), *Le “libertà fondamentali” dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 9 ss.;

⁴² Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto. La direttiva è stata recepita attraverso il D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 229, cui successivamente ha fatto seguito il D.Lgs. 25 settembre 2009, n. 146, volto ad integrare e correggere il precedente decreto attuativo. La disciplina di riferimento è contenuta nel TUF all'interno della Parte IV, Titolo II, Capo II, Artt. 101-bis – 112.

⁴³ “Nel rispetto dei principi generali contenuti nell'articolo 3, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare le autorità di vigilanza a modificare il prezzo di cui al comma precedente in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati. A tale scopo, possono redigere un elenco di circostanze nelle quali il prezzo massimo può essere modificato, verso l'alto o verso il basso, come ad esempio se

quella dell'art. 106, comma 3°, lettera *d*), n. 2), TUF e dell'articolo 47-*octies* del Regolamento emittenti, nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad incrementare il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto, di cui all'art. 106 TUF, qualora ricorra la circostanza che “vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori”, senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto⁴⁴.

La risposta dei giudici lussemburghesi è particolarmente interessante, proprio nella traiettoria di una riflessione sulla teoria dell'interpretazione: secondo la Corte europea, non è precluso l'utilizzo di concetti indeterminati o astratti e tuttavia così è purché sussista una sola condizione: che essi siano in grado di descrivere con certezza le circostanze applicative – sulla base del processo interpretativo condiviso – e, pertanto, individuabili *ex ante*. A condizione, quindi, che la concretizzazione del concetto indeterminato non sia rimessa ad un processo interpretativo *ex post*, perché evidentemente nella materia dei mercati finanziari la conoscibilità *ex ante* è una regola fondamentale dell'efficienza, della legittimità e della legalità del funzionamento del mercato⁴⁵.

il prezzo massimo è stato concordato tra l'acquirente ed un venditore, se i prezzi di mercato dei titoli in oggetto sono stati manipolati, se i prezzi di mercato in generale o in particolare sono stati influenzati da eventi eccezionali, o per permettere il salvataggio di un'im- presa in difficoltà. Possono altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio il valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziari”.

⁴⁴ Corte giust. UE, C-206/16, *Marco Tronchetti Provera SpA e altri c. Consob*, 20 luglio 2017. L'indirizzo interpretativo trova conferma in Corte giust. UE, cause riunite C-655/16 e C-656/16, *Hitachi Rail Italy Investments Srl e Finmeccanica SpA c. Consob*; Corte giust. UE, cause riunite C-654/16, C-657/16 e C-658/16, *Amber Capital Italia Sgr SpA e altri c. Consob*, 11 gennaio 2018.

⁴⁵ Corte giust. UE, C-206/16, cit., par. 48: “[...] l'articolo 5, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/25 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che consente all'autorità nazionale di vigilanza di aumentare il prezzo di un'OPA in caso di 'collusione' senza precisare le condotte

Con questo ho provato a dare una risposta al secondo punto: credo che ci siano molti argomenti per sostenere che il processo interpretativo che riguarda il codice civile consegna all'interprete una discrezionalità obiettivamente differente, oltre a essere diversamente governata, rispetto all'interpretazione dei mercati regolati, ove l'attività ermeneutica è vagliata dalla Corte di Lussemburgo con riguardo all'interpretazione delle norme di derivazione europea.

5. *Diritto regolatorio e sistema.*

Terzo punto: ci si riferisce alle medesime regole generali quando si discute della disciplina del codice civile e della disciplina dei mercati regolamentati?

Una risposta a siffatto interrogativo è contenuta in un contributo di Thomas Ackermann, che attiene alla tensione sistematica che si determina per l'intersezione del diritto privato generale e del diritto europeo⁴⁶. L'autore di quelle pagine in esordio richiama il pensiero Niklas Luhmann, rammentando che il 'sistema' è *insieme* e lo strumento e l'oggetto dello studio del giurista: quindi, in un certo senso, il pensiero sistematico è al contempo sia il metodo sia ciò su cui insiste l'analisi, sia – in ultimo – il suo risultato.

Dunque, posto che gli obiettivi del sistema sono la coerenza e la prevedibilità, occorre domandarsi se, quando si guarda ai settori regolati dalla disciplina unionista nel rispetto degli obiettivi politici del Trattato, si debba utilizzare la prospettiva del diritto europeo ovvero il punto di vista degli ordinamenti domestici.

Si tratta evidentemente di punti di osservazione molto diversi.

specifiche che caratterizzano tale nozione, a condizione che l'interpretazione della suddetta nozione possa essere desunta da tale normativa in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno". Sui "metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno", cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, con nota di DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, p. 295 ss.

⁴⁶ ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, in *ZEuP*, 2018, p. 741-781.

Quando si discorre delle norme generali con riguardo ai mercati regolamentati, sovengono principî quali la parità di trattamento e la non discriminazione, nonché regole correlate all'accesso al mercato e all'individuazione di obblighi di prestazione o di *standard* qualitativi. Si tratta di elementi che, sia consentita una iterazione di quanto già detto, sono estranei alla *ratio* e ai presupposti delle norme del codice civile.

Qui, raccogliendo e aderendo a uno spunto di Mario Libertini, può emergere un interrogativo che ritengo sia necessario formulare, ovvero se e in che misura sia possibile un'interpretazione analogica o generalizzante delle regole di settore, in ragione del fatto che esse realizzano il precetto dell'utilità sociale previsto dall'art. 41, comma 2°, della Costituzione⁴⁷.

Provo a fare un'esemplificazione per dare concretezza al discorso.

Come è noto, uno degli illeciti tipici dei mercati finanziari è la manipolazione del mercato, configurabile in caso di diffusione di notizie false, di realizzazione di operazioni fittizie, ovvero di altre condotte in grado di alterare il prezzo di strumenti finanziari⁴⁸. Alla domanda se questa norma fosse suscettibile d'interpretazione analogica si poteva – alla stregua delle norme del codice civile – dare una risposta negativa, radicata sulla specialità del fatto disciplinato.

Gli è, tuttavia, che una fattispecie analoga è oggi prevista anche nel mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, secondo quanto indicato dall'art. 5 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (cosiddetto "REMIT", cui è stata data attuazione in Italia con la legge 30 ottobre 2014, n. 161), che sanziona l'adozione di pratiche abusive capaci di influenzare gli scambi di energia e il corso dei valori nei mercati all'ingrosso, e dall'art. 2, comma 2°, n. 2 del medesimo

⁴⁷ LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in GITTI, MAUGERI, NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, 2012, Bologna, p. 50 ss.

⁴⁸ L'illecito è stato introdotto dall'art. 187-ter TUF, così come riformato dal D.Lgs. 107/2018, in conformità con l'art. 15 del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato. VINCENZI, *Abusi di mercato*, in VINCENZI, ZANCHETTI, ZOPPINI, *Market Abuse Regulation. Le nuove regole sugli abusi di mercato*, Roma, 2016, p. 45 ss.

Regolamento, in cui sono descritti gli elementi strutturali dell'illecito⁴⁹. Secondo tale ultima disposizione per "manipolazione del mercato" s'intende la conclusione di contratti o altre operazioni *i*) che forniscano, o siano in grado di fornire, indicazioni false in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo dei prodotti energetici all'ingrosso; *ii*) che fissino, ovvero consentano di fissare, il prezzo di mercato di uno o più prodotti energetici all'ingrosso a un livello fittizio, senza adeguata giustificazione; *iii*) che siano idonee, mediante artifici o raggiri, ad inviare segnali falsi o tendenziosi riguardanti l'offerta, la domanda o il prezzo di prodotti energetici all'ingrosso.

Inoltre, il 'ponte' concettuale tra la disciplina dei mercati finanziari e dei mercati elettrici all'ingrosso emerge già dall'art. 1 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (cosiddetto "REMIT"), il quale, al primo comma stabilisce l'obiettivo della coerenza dei divieti di pratiche abusive capaci di influenzare i mercati dell'energia all'ingrosso con le regole di applicazione dei mercati finanziari, seppur sempre tenuto conto delle specificità del mercato dell'energia all'ingrosso. In sostanza, salva la differente cornice giuridico-economica, le due fattispecie paiono effettivamente sovrapponibili e orientate al medesimo fine della tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato⁵⁰.

Occorre allora verificare se dal coordinamento di queste disposizioni possa emergere una regola generale che condanna la manipolazione a prescindere dal mercato specifico di riferimento e dalle fattispecie che espressamente lo prevedono. Se così fosse potremmo ipotizzare un illecito di carattere generale che consiste nella manipolazione dei prezzi e che ha come presupposto la tutela della *integrità* del mercato (e che si affianca alle tutele di tipo individualista dei vizi della volontà, e ai rimedi causali, qual è la

⁴⁹ ZOPPINI, *La regolazione dei contratti di vendita all'ingrosso e dei contratti "finanziari"*, in DE FOCATIIS, MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, II, *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 65 ss.

⁵⁰ Si veda altresì l'art. 6 del "REMIT" che attribuisce alla Commissione europea la possibilità di adottare atti delegati al fine di adeguare le nozioni di "manipolazione del mercato" e di "tentata manipolazione del mercato" al mercato finanziario e al mercato energetico all'ingrosso.

rescissione, ove essa non si ritenga del tutto assorbita dall'usura reale).

A sostegno della possibilità di costruire un illecito consistente nella manipolazione del mercato può argomentarsi l'irragionevolezza di una soluzione contraria, che ne limiti l'applicabilità alle sole contrattazioni nei mercati dell'energia elettrica e del gas o degli strumenti finanziari. Alla soluzione affermata si giunge, altresì, se si analizza il problema dalla prospettiva del diritto privato regolatorio, che autorizza l'analogia tutte le volte in cui la regola è coerente nel dare risposta a un simile problema di fallimento o di alterazione nel funzionamento del mercato⁵¹.

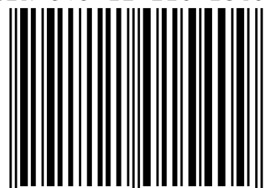
Al fondo, la tutela dell'integrità del mercato costituisce un principio di ordine pubblico economico, connesso da plurime disposizioni normative che colpiscono gli abusi di autonomia negoziale⁵². La *ratio* del divieto e la sua riconducibilità all'alveo delle condotte *antitrust* consentono di estendere la disciplina della manipolazione del mercato ad altri settori, a prescindere dalla qualifica soggettiva delle parti.

Dunque, pur trovandoci dinanzi a regole e traiettorie interpretative molto diverse, non può escludersi che, valorizzando il precetto dell'utilità sociale contenuto nell'art. 41 della Costituzione, a talune fattispecie settoriali si possa attribuire una valenza generale e una capacità espansiva al di là dell'ambito specifico nel quale sono state disciplinate (allora riscrivendo o sovrascrivendo le norme del codice civile).

⁵¹ ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.

⁵² MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 67 ss.; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 539 ss.

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409