

PARTE PRIMA

DIRITTO PRIVATO PATRIMONIALE
E MODELLI DI RAZIONALITÀ

Vincenzo Roppo

I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto

1. Premessa

Non sono in alcun modo un cultore professionale di *Behavioral Law and Economics*. E quindi nel mio scritto non applicherò gli specifici strumenti concettuali che stanno nel *toolbox* dell'esperto di *BLE*; mi limiterò bensì a svolgere qualche ragionamento più generale, che spero tuttavia non troppo estraneo agli orizzonti tematici frequentati da questo metodo di analisi.

2. Le qualifiche soggettive implicate: due coppie eterogenee

Il titolo del mio scritto evoca tre qualificazioni soggettive, tutte (in vario modo) normativamente rilevanti. Al riguardo, osservo subito due cose.

La prima è che le qualifiche da considerare dovrebbero forse essere non tre ma quattro, combinate in due coppie di termini antagonisti: così come al 'consumatore' si associa per contrapposizione il 'contraente professionale' (il professionista), così al 'contraente debole' dovrebbe, per completezza, associarsi e contrapporsi il 'contraente forte'.

La seconda è che le due coppie così costruite non sono omogenee fra loro: consumatore e professionista sono qualifiche altamente formali, nel senso che dipendono dal possesso di requisiti soggettivi puntualmente identificati all'interno di una precisa definizione normativa, e accertabili con buona sicurezza nelle fattispecie concrete; invece contraente debole e contraente forte sono qualifiche non formalizzate, perché si legano a dati caratterizzanti meno definiti e univoci, più sfumati e frastagliati.

I termini delle coppie possono mescolarsi fra loro, in modi peraltro diversi. Il consumatore è per definizione contraente debole perché fronteggia un professionista, che a sua volta è, rispetto a lui, contraente per definizione forte. (Il consumatore si definisce in relazione al professionista, e non si definirebbe al di fuori della relazione con lui: un soggetto con tutte le caratteristiche che secondo la definizione normativa identificano il consumatore, ma che in un dato rapporto contrattuale si trovi a fronteggiare un soggetto che non è un professionista, a sua volta non sarebbe, dal punto di vista normativo, un consumatore).

Di contro, il soggetto che presenti tutti gli elementi della definizione normativa di professionista può incrociare le qualifiche di contraente forte/debole in combinazioni più aperte e variabili. Quando fronteggia un consumatore, il professionista è, come detto, per definizione contraente forte. Quando fronteggia un soggetto che non è consumatore, può ugualmente porsi come contraente forte: ciò accade quando fronteggia una controparte che risulta debole per ragioni diverse da quelle che costituiscono la tipica debolezza del consumatore. Ma può anche trovarsi, benché professionista, nella condizione di contraente debole: il che si verifica quando egli entri in relazione con un altro professionista che per qualche ragione abbia, rispetto a lui, la caratteristica di contraente forte. E infine, la relazione fra due professionisti può essere relazione fra contraenti che non sono, l'uno rispetto all'altro, né deboli né forti, bensì sono neutri rispetto a tali qualifiche.

3. I due mondi dell'universo contrattuale: diritto comune dei contratti (contro i fallimenti dell'autonomia privata)

Adesso interreliamo nei vari modi possibili queste diverse figure soggettive: le diverse interrelazioni creano diverse classi di rapporti contrattuali, a cui corrispondono altrettanti regimi di diritto dei contratti. Su questa premessa, propongo una mappa del complessivo universo del diritto dei contratti, dove le diverse regioni corrispondono ai regimi definiti dalle varie possibili interrelazioni fra le figure soggettive appena indicate.

La mappa implica un assunto base, e cioè che l'universo contrattuale sia formato da due mondi diversi: il diritto comune dei contratti, definito dagli art. 1321 ss. c.c.; e il diritto dei contratti del mercato, definito dalle numerose e varieghe discipline di regolazione del mercato.

Nel diritto comune dei contratti non esistono né consumatori né professionisti; esistono bensì contraenti deboli e contraenti forti. I primi

sono deboli in quanto vittime di quelli che mi piace chiamare ‘fallimenti dell’autonomia privata’: cioè vittime di fattori che intaccano le condizioni soggettive per un regolare ed efficace esercizio dell’autonomia privata, dando luogo a pregiudizievoli asimmetrie che penalizzano il soggetto colpito nella sua relazione con controparte. Si tratta di fattori perturbanti, e di asimmetrie, che si manifestano su basi individuali e occasionali, non standardizzate né socialmente tipiche; e che si presentano come socialmente patologici rispetto alle fisiologiche condizioni soggettive di corretto esercizio dell’autonomia privata. A loro volta, i secondi sono contraenti forti proprio perché si trovano di fronte a una controparte debole, e sono quindi in condizione di poter profittare della sua debolezza.

È chiaro di cosa stiamo parlando: deficit psico-fisici (incapacità di agire), minorazioni delle potenzialità di cognizione e autodeterminazione (vizi della volontà, stati di pericolo o bisogno). Ed è altrettanto chiaro quali siano i rimedi tipici che il diritto dei contratti appresta a favore del contraente reso debole dall’incidenza di questi fattori di asimmetria: azioni di annullamento e di rescissione.

4. Segue: diritto dei contratti del mercato (contro i fallimenti del mercato)

Nel diritto dei contratti del mercato incontriamo i ‘fallimenti del mercato’, che sono in definitiva una sottospecie qualificata dei fallimenti dell’autonomia privata: al pari di ogni fallimento dell’autonomia privata, generano asimmetrie che pregiudicano l’agire razionale del soggetto che ne è vittima, rendendolo un contraente debole; ma rispetto ai fallimenti dell’autonomia privata contemplati dal codice civile, si connotano per il fatto di dipendere dalla struttura oggettiva del mercato, il quale – essendo strutturalmente esposto a fallimenti – pone alcuni dei suoi attori in posizione di forza e altri in posizione di debolezza nei rapporti reciproci.

In ragione di ciò, a differenza dei generici fallimenti dell’autonomia privata, gli specifici fallimenti del mercato hanno natura non di patologia ma di fisiologia sociale; non toccano singoli individui su basi di occasionalità, bensì investono stabilmente intere classi di soggetti; e li investono in ragione non di specifiche menomazioni soggettive, ma delle posizioni di mercato in cui essi si trovano oggettivamente collocati.

Alle asimmetrie che essi generano, il diritto dei contratti costruito dalle discipline di regolazione del mercato risponde offrendo al contraente debole un arsenale di strumenti ben caratterizzati: obblighi o vincoli

(specie informativi, ma non solo) a carico del contraente forte, presidiati essenzialmente col rimedio della nullità, che a sua volta si frastaglia nelle diverse tipologie di nullità speciali.

5. Le tre regioni del diritto dei contratti del mercato: relazioni B2C (contratti dei consumatori)

Lo spirito e l'orizzonte ideale del convegno suggeriscono di concentrare il focus sul mondo dei contratti del mercato. Proviamo dunque a mapparli, usando come coordinate primariamente le qualifiche soggettive considerate sopra: consumatori e professionisti; contraenti deboli e contraenti forti. Ne usciranno disegnate due regioni normative; a cui dovrà tuttavia aggiungersene una terza.

La prima regione normativa è popolata dai contratti fra un consumatore e un professionista (contratti *B2C*). Essa comprende: prima di tutto un regime generale dei contratti del consumatore (focalizzato sulle clausole vessatorie: artt. 33-38 c. cons.); e poi una pluralità di regimi specifici, costruiti in funzione di modalità tecniche della contrattazione (ad es. contratti negoziati fuori dei locali commerciali, contratti a distanza), o in funzione di particolari mercati (ad es. contratti di multiproprietà, contratti di credito ai consumatori, contratti per servizi di pagamento, contratti per servizi della società dell'informazione), o in funzione strumentale alla individuazione della disciplina sostanziale dei rapporti (ad es. le norme di diritto internazionale privato che definiscono la legge applicabile ai contratti dei consumatori). I regimi specifici non sono tutti concentrati nel c. cons., ma si trovano in parte lì e in parte disseminati in varie altre fonti.

La *ratio* sottesa al diritto (generale e speciale) dei contratti del consumatore è semplice: il consumatore, per la posizione e il ruolo che occupa nel mercato, si presenta in generale come contraente debole rispetto al professionista con cui entra in rapporto, e per questo merita protezione normativa.

6. Segue: relazioni B2B (contratti asimmetrici fra professionisti)

La seconda regione normativa comprende rapporti contrattuali fra professionisti (per questo siamo nel campo delle relazioni *B2B*), e precisamente rapporti contrattuali (asimmetrici, e cioè intercorrenti) fra un

professionista debole e un professionista forte.

Ai differenza dei contratti *B2C*, qui non c'è un fattore generale e omogeneo che determini la debolezza di una parte e la forza dell'altra, e spieghi in termini unitari la corrispondente *ratio* di tutela. C'è invece una pluralità di fattori eterogenei che in relazione a diverse classi di relazioni *B2B* appaiono agli occhi del legislatore, per ragioni volta a volta diverse, tali da porre un professionista in posizione di debolezza rispetto al professionista sua controparte; e anche la ragione della tutela normativa si frammenta così in una pluralità di *rationes* specifiche in qualche modo diverse l'una dall'altra, da cui si generano regimi normativi a loro volta differenziati e non immediatamente riconducibili a unità. Il quadro è dunque meno lineare e omogeneo, più articolato e variegato rispetto a quello dei contratti *B2C*.

Basti richiamare qualche esempio.

I professionisti che forniscono a credito beni o servizi a professionisti acquirenti sono strutturalmente deboli nei confronti di questi ultimi, perché esposti al rischio di ritardi nei pagamenti, suscettibili di pregiudicarne l'equilibrio finanziario: di qui la specifica protezione loro accordata dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (adesso rivisto in profondità con il d.lgs. n. 9 novembre 2012, n. 192) mediante un regime – unilateralmente inderogabile - dei termini di pagamento e del tasso degli interessi moratori per i crediti commerciali¹.

Gli agenti che promuovono la distribuzione dei prodotti o servizi per conto delle imprese produttrici soffrono, nella loro relazione con le imprese preponenti, della debolezza strutturale indotta da una posizione di mercato che (nonostante siano formalmente professionisti, e precisamente imprenditori) risulta per molti aspetti simile a quella che caratterizza i lavoratori dipendenti rispetto ai datori di lavoro: di qui un regime di protezione (art. 1742 ss. c.c.) che sotto diversi profili mima il regime del rapporto di lavoro subordinato.

E considerazioni analoghe potrebbero svolgersi per altre classi di relazioni *B2B*, dove sono altrettanto chiare le ragioni di mercato che, nei vari casi, inducono asimmetria fra un contraente (professionale) forte e un contraente (professionale) debole; e altrettanto chiara è la *ratio* delle corrispondenti discipline contrattuali, calibrate caso per caso sulle specifiche ragioni di debolezza, e sulle specifiche esigenze di tutela, dei professionisti

¹ Anzi, meglio dovrebbe dirsi 'regimi' al plurale, visto che la normativa di protezione si biforca in due discipline alquanto differenziate a seconda che il professionista acquirente-debitore sia un'impresa o una pubblica amministrazione: nel quale ultimo caso, anziché di generiche relazioni *B2B* potrebbe parlarsi in modo più puntuale di relazioni *B2G* (dove 'G' sta per *Government*).

deboli. Stiamo parlando di discipline come quella della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), votata a proteggere il professionista subfornitore nella sua dipendenza economica e tecnologica dal professionista committente. O del *franchising* (l. 6 maggio 2004, n. 129), che - con le sue regole sugli obblighi di informazione precontrattuale e di trasparenza contrattuale a carico del *franchisor*, e su durata e scioglimento del rapporto - vuole essenzialmente tutelare gli investimenti specifici del *franchisee* contro il rischio di vederli ingiustamente frustrati (vuoi per un difetto di potenzialità commerciale dell'impresa affiliante, che si riveli inferiore alle aspettative; vuoi per una durata del rapporto troppo breve per consentire a quegli investimenti di generare adeguati ritorni). O delle forniture di prodotti agricoli e agro-alimentari, introdotta più di recente dall'art. 62, co. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, con l'obiettivo di proteggere l'imprenditore agricolo nei suoi difficili rapporti con il monopsonio della grande distribuzione organizzata, da cui dipende per trovare sbocchi alla sua produzione.

Vorrei sottolineare un dato. Al legislatore intento alla regolazione del mercato i contratti *B2C* interessano sempre e comunque, perché sono sempre e comunque - per definizione - toccati da fallimenti del mercato, e cioè colpiti da asimmetrie fra soggetti di mercato deboli e soggetti di mercato forti. Questo non vale per i contratti *B2B*, che possono essere essi pure asimmetrici nel senso appena detto, ma possono anche essere non asimmetrici, e cioè svolgersi fra professionisti nessuno dei quali - in ragione delle rispettive posizioni di mercato - ha particolare ragione ed esigenza di essere protetto nei confronti dell'altro. Ebbene, il punto da fissare è che la regolazione del mercato si interessa delle relazioni *B2B* solo nella misura in cui siano relazioni asimmetriche, dove si riflettono fallimenti del mercato. Invece le relazioni *B2B* non asimmetriche sfuggono al diritto dei contratti del mercato, e più in generale alla regolazione del mercato², per ricadere nel diverso mondo del diritto comune dei contratti: esattamente come le relazioni fra parti contraenti 'neutre' rispetto a qualsiasi qualificazione basata su posizioni e ruoli di mercato (le parti contraenti del codice civile).

² Con una notevole eccezione: quella della disciplina antitrust, che quando si occupa ad esempio delle intese e degli accordi restrittivi della concorrenza, si occupa di relazioni contrattuali fra imprese non necessariamente caratterizzate da reciproca asimmetria. Al tema avevo già dedicato cenni in V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, II, p. 1185 ss., nonché in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 16 ss. (e - con titolo leggermente diverso - ora anche in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 125 ss.).

7. *Segue: relazioni S2C*

Ma la somma della regione dei contratti *B2C* con la regione dei contratti *B2B* asimmetrici non esaurisce il mondo del diritto dei contratti di mercato, investiti da fallimenti del mercato e perciò soggetti alla regolazione del mercato. C'è, a mio avviso, una terza notevole regione che si aggiunge alle prime due: quella in cui abitano le relazioni fra un professionista qualificato dall'operare sul mercato come fornitore di beni o servizi, e il soggetto che acquista da lui i beni o servizi offerti: soggetto, quest'ultimo, del quale non rileva la qualifica di consumatore o professionista (può avere l'una oppure l'altra, o anche nessuna delle due), bensì rileva la posizione di acquirente del bene o del servizio, in una parola di cliente (del professionista fornitore).

L'asimmetria fra le parti della relazione deriva dalle rispettive posizioni di mercato, che collocando il fornitore sul lato dell'offerta gli consentono di dominare la prestazione caratteristica del contratto, di cui è l'*insider*, mentre il cliente collocato sul lato della domanda è *outsider* rispetto alla prestazione caratteristica, e come tale non in grado di dominarla organizzativamente o tecnicamente. E chi domina la prestazione caratteristica del contratto è in condizione di dominare, da vari punti di vista, la relazione contrattuale. (Per esempio: è proprio il dominio del prodotto fornito che consente ai fornitori di realizzare in danno dei clienti politiche di 'obsolescenza programmata' del prodotto stesso, progettandolo e costruendolo in modo che cessi di funzionare regolarmente subito dopo che si sia chiusa la finestra temporale della garanzia legale o convenzionale, e così costringendo il cliente all'acquisto di un nuovo esemplare).

Questa asimmetria è un fallimento del mercato, che richiede al regolatore del mercato misure di protezione del cliente verso il fornitore, calibrate sull'obiettivo di neutralizzare le potenzialità pregiudizievoli insite nel dominio del fornitore sulla prestazione caratteristica: e la protezione si dirige al cliente come tale, essendo irrilevante – per il bisogno e il fine di tutela – che si tratti di consumatore che acquista il bene o il servizio per ragioni della sfera personale, o di professionista che lo acquista per i fini del suo *business*, o di soggetto non qualificabile né come consumatore né come professionista. Discipline come quelle dei contratti bancari, dei contratti di assicurazione, dei contratti del mercato finanziario, dei contratti per servizi di pagamento, dei contratti per la fornitura di servizi della società dell'informazione, dei contratti delle *utilities* per l'erogazione di servizi a rete, ecc. ne costituiscono esempi. E il loro impressionante

espandersi nella fase più recente (soprattutto sull'onda della legislazione europea) sembra giustificare la domanda se non sia in atto, nel sistema della regolazione del mercato, una certa qual transizione dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente³. L'itinerario percorso, nel sistema delle fonti, dalla disciplina dei contratti turistici potrebbe leggersi precisamente in questo senso⁴.

Resta da trovare un nome per questa terza regione. Potrebbe essere, di nuovo, *B2C*: dove 'B' starebbe per *Business*, visto che il fornitore è per definizione un professionista; e 'C' questa volta per *Customer*. Ma per evitare sovrapposizioni conviene trovare un altro acronimo, che potrebbe essere *S2C*: da intendere come *Supplier to Customer* (e cioè, appunto, fornitore-cliente).

8. Contratto asimmetrico e terzo contratto: il senso delle due posizioni

La mappatura del mondo del diritto dei contratti del mercato, tentata nelle pagine precedenti con la definizione delle tre regioni che lo compongono, può aiutare a orientarsi nel dibattito tra fautori del contratto asimmetrico (nelle cui file sono da tempo arruolato⁵) e fautori del terzo contratto.

³ Considerazioni che avevo già svolto, più ampiamente, in V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, pp. 314-327, ma anche in V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., pp. 131-133; e, con riferimento alla disciplina di un settore specifico, in V. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? professionisti? clienti?*, in M. RISPOLI et alii (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 287 ss.

⁴ La vicenda è nota. La parte protetta nei contratti per la vendita di pacchetti turistici era in origine definita 'consumatore', e la relativa disciplina era collocata nel c. cons. Poi sono cambiate sia la collocazione sia la denominazione: la disciplina è fuoriuscita dal c. cons. per confluire nel c. turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79); e la parte protetta non si chiama più 'consumatore' ma 'turista' (la cui definizione – art. 33, co. 1, lett. c) – è tale, da coprire soggetti che possono essere consumatori, ma anche non esserlo). Sicché la disciplina in questione non può più dirsi disciplina di contratti del consumatore, ma deve dirsi piuttosto disciplina dei contratti del turista, e cioè del cliente di *tour operator* e agenzie di viaggio.

⁵ In un percorso che comincia con V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss., prosegue con V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, *ivi*, 2007, p. 669 ss. (entrambi adesso anche in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 65 ss. e rispettivamente p. 91 ss.), e si sviluppa più compiutamente con V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 304 ss.

Sono categorie concettuali che riflettono due diversi modi di ‘leggere’ lo stato e le prospettive di evoluzione del sistema del diritto dei contratti del mercato. Sarebbe però riduttivo concepirle come mere invenzioni teoriche, funzionali solo a soddisfare sterili capricci definitivi o pulsioni classificatorie; o peggio come slogan lanciati l’uno contro l’altro per puro compiacimento accademico. Ci sarà anche un po’ di questo, ma non c’è solo questo. C’è qualcosa di normativamente più sostanzioso.

In estrema sintesi. L’idea⁶ del contratto asimmetrico implica che alle discipline dei contratti *B2C*, dei contratti *B2B* asimmetrici e dei contratti *S2C* sia sottesa una *ratio* in larga misura comune, da identificarsi nell’esistenza di significative asimmetrie di mercato che collocano una parte in posizione di debolezza rispetto all’altra, e nell’esigenza di una disciplina contrattuale orientata a proteggere la parte debole: implica, in sostanza, che possa immaginarsi un diritto contrattuale dei fallimenti del mercato, come corpo normativo apprezzabilmente unitario costruibile appunto intorno alla categoria del contratto asimmetrico. Di contro, la tesi del terzo contratto: prima di tutto ignora l’area dei contratti che qui si sono chiamati *S2C*, e con essa il ‘cliente’ come figura di mercato normativamente rilevante (ancorché non riducibile alle categorie del consumatore e del professionista, bensì trasversale ad esse); e quanto alle aree dei contratti *B2C* e dei contratti *B2B* asimmetrici, ne assume la reciproca irriducibilità (al modo che ‘terzo’ è irriducibile a ‘secondo’) così sul piano empirico come su quello normativo.

Questa diversità di approccio ha conseguenze in termini non solo di ricostruzione dell’architettura del sistema, ma anche di concreto trattamento delle fattispecie. La tesi del terzo contratto tendenzialmente esclude o almeno restringe in modo molto severo la possibilità del ricorso all’analogia, proprio perché vede le due diverse aree del diritto dei contratti del mercato (il ‘secondo’ e il ‘terzo’ contratto) come comparti separati da radicali differenze di *rationes* delle rispettive discipline di protezione del contraente debole, che impedirebbero alle regole scritte per un campo di trasferirsi in via analogica all’altro campo. Al contrario la tesi del contratto asimmetrico, implicando che contratti *B2C*, contratti *B2B* asimmetrici e contratti *S2C* possano riflettere ‘casi simili o materie analoghe’ (art. 12 disp. prel.), apre spazi più ampi all’estensione analogica delle regole da un campo all’altro. Estensione – è appena il caso di dirlo – da produrre in modo non meccanico né indiscriminato, bensì mirato e selettivo: solo dopo avere verificato che nella fattispecie (ad esempio *B2B*) priva di copertura normativa diretta, effettivamente ricorrano situazioni di interesse e

⁶ Dire ‘teoria’ mi parrebbe un eccesso di ambizione, che trovo saggio evitare.

conseguenti esigenze di tutela giuridica assimilabili a quelle sottese alla norma direttamente dettata per altra fattispecie (ad esempio *B2C*).

9. Nuovi spunti per il dibattito: ancora sull'analogia

Non ripercorro certo qui i passaggi di un dibattito noto, o comunque già consegnato alle pagine dei libri e delle riviste. Per quanto mi riguarda, vi ho preso parte con una serie di scritti: ora impegnati a esplorare in termini più generali le ragioni e i fondamenti di una categoria come quella del contratto asimmetrico⁷; ora più puntualmente rivolti a replicare alle obiezioni di chi quelle ragioni e quei fondamenti si sia studiato di contestare⁸.

Vorrei qui, piuttosto, aggiornare quel dialogo con nuovi elementi e argomenti. L'occasione mi è offerta dalla recente pubblicazione di un'ambiziosa opera collettanea, dedicata a una materia che in larga misura coincide con quella (per riprendere il termine proposto qui) dei contratti del mercato⁹. Diversi contributi raccolti in queste pagine mi suggeriscono infatti una serie di considerazioni: alcune più puntuali e specifiche, altre di portata più generale.

La prima considerazione ha bisogno di una premessa: con *I contratti per l'impresa* siamo decisamente nel giro del terzo contratto, molto più che del contratto asimmetrico; e già lo si capisce, vedendo i nomi dei curatori e degli autori¹⁰. Ciò premesso, mi soffermo sulla snella ma pregnante nota introduttiva, che delinea qualcosa come il manifesto metodologico nel quale curatori e autori evidentemente si riconoscono; e confesso che leggendola mi sono trovato a chiedermi se per caso non aleggiasse lì l'ombra di una certa contraddizione. La proposizione centrale di quelle pagine è

⁷ V. in particolare quelli citati sopra, alla nt. 5.

⁸ E qui richiamo il dialogo idealmente intrecciato con Andrea Zoppini, ai cui argomenti ho dedicato 'cinque repliche': V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., pp. 140-144.

⁹ V. G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, Il Mulino, 2012, I e II.

¹⁰ Per dire: fra i curatori figura Gregorio Gitti, che aveva in precedenza curato il volume che delle elaborazioni favorevoli alla prospettiva del terzo contratto costituisce un po' la *summa*: G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008; e uno dei principali contributi (su cui si verrà fra breve) è di Roberto Pardolesi, che addirittura è l'inventore della formula (v. la sua *Prefazione* a G. COLANGELO, *Abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. XIII-XIV).

molto forte, e in qualche modo eccentrica rispetto al pensiero oggi forse dominante: essa oppugna il ricorso alle clausole generali e alla conseguente discrezionalità del giudice come mezzo privilegiato per costruire la regola del caso concreto, contro le quali valorizza con estrema decisione le puntuali scelte del legislatore, incorporate nelle norme positive; e indica nell'analogia lo strumento principe per fondare sul diritto scritto, piuttosto che su principi o standard creativamente applicati dai giudici, l'*adjudication* dei casi concreti.

Ecco dunque l'ombra della contraddittorietà: perché abbiamo appena visto che proprio l'uso dell'analogia, in materia di relazioni contrattuali del mercato, trova terreno fertile e propizio nella visione del contratto asimmetrico, tanto quanto rischia di essere impedito o frenato dal pensiero sotteso alla teoria del terzo contratto!

10. Segue: su un rilievo di Roberto Pardolesi (richiamando il valore del diritto positivo)

Si è ricordata in precedenza la nuova disciplina dei contratti per fornitura di prodotti agricoli o agroalimentari (art. 62, co. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27). Nel suo contributo all'opera collettanea in discorso, anche Roberto Pardolesi ricorda questa normativa, e la valorizza a favore della teoria del terzo contratto, contro la teoria del contratto asimmetrico: considerando che essa regola relazioni (asimmetriche) *B2B*, egli afferma infatti di ricavarne «Un messaggio, piaccia o no, scritto nella lingua del terzo contratto»¹¹.

E sia pure. Ma perché dimenticare (o tacere) che, in quello stesso d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, l'art. 7, co. 2 modifica l'art. 19 c. cons. per estendere a favore di una certa classe di imprese (le microimprese) quella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, che in origine era destinata a proteggere esclusivamente i consumatori? Forse perché si sarebbe dovuto riconoscere che questa novità legislativa, assimilando le posizioni di consumatori e professionisti deboli in ragione dell'asimmetria di cui entrambi soffrono di fronte a controparti forti, è invece inequivocabilmente 'scritta nella lingua' del contratto asimmetrico? E ammettere che essa ha una

¹¹ R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 120.

portata sistematica enormemente superiore a quella delle nuove regole per le forniture di prodotti agricoli e agro-alimentari, posto che con essa il c. cons. cessa di essere codice per i soli consumatori¹²?

E qui, sull'onda del rilievo circa la mancata registrazione di un'importante novità legislativa, non resisto alla tentazione di introdurre una considerazione più generale circa le modalità di questo nostro dibattito (sul rapporto fra discipline contrattuali *B2B* e *B2C*, sulla crescente equiparazione normativa fra consumatori e imprese deboli sul mercato, sull'espansione delle discipline di tutela non del consumatore ma del cliente, sulla contrapposizione fra simmetrie socialmente patologiche e asimmetrie socialmente fisiologiche, e su quante altre questioni diano corpo al confronto fra sostenitori del terzo contratto e fautori del contratto asimmetrico).

Ora, nel proporre le mie posizioni all'interno del dibattito, io mi sono sempre sforzato di partire dal dato positivo: piuttosto che affermare senz'altro una posizione o soluzione astrattamente preferibile ai miei occhi, ho cercato prima di tutto di cogliere gli oggettivi sviluppi del sistema normativo, e solo dopo mi sono spinto a esprimere al riguardo un giudizio di adeguatezza/inadeguatezza sul piano concettuale, o di desiderabilità/indesiderabilità sul piano politico¹³. E vorrei continuare a farlo anche in questa sede: in particolare ricordando la recente novità legislativa in tema di sistemazione delle crisi di sovraindebitamento dei debitori non fallibili¹⁴; e ponendo la questione se in essa non possa vedersi un ulteriore fattore di convergenza fra regimi giuridici pensati per le imprese e regimi giuridici applicabili ai consumatori¹⁵.

Con sprezzo del rischio di essere tacciato di giuspositivismo volgare,

¹² Deve peraltro rilevarsi come la redazione del testo normativo non sia forse all'altezza di una così notevole portata sistematica, se è vero che essa non manca di aprire incertezze interpretative: ad es., la formula per cui la disciplina si applica «*alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese*» significa che essa si applica solo nei rapporti fra una microimpresa e un professionista che non sia microimpresa (come parrebbe suggerire la ratio sostanziale dell'innovazione), o anche nei rapporti fra microimprese (come potrebbe sostenersi in base al dato formale che una microimpresa è, per definizione, un professionista)?

¹³ Che la mia ricerca si muova «*non tanto sul terreno della desiderabilità 'politica', quanto piuttosto su quello di una obiettiva ricognizione del dato normativo*» avevo già avuto occasione di chiarirlo: V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 107.

¹⁴ Art. 6 ss. della l. 27 gennaio 2012, n. 3.

¹⁵ Tanto più dopo le profonde modifiche che la disciplina, a pochi mesi dalla sua introduzione, ha subito con la l. 17 dicembre 2012, n. 221: la quale introduce un regime specifico per il sovraindebitamento dei debitori che abbiano più specificamente qualifica di consumatori (e cioè persone fisiche i cui debiti non si colleghino all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta).

penso infatti che per il giurista sia buon metodo – per non dire dovere professionale – non trascurare mai la realtà delle norme vigenti (da assumere ovviamente nel suo complesso, e non in termini parziali o unilaterali). Ebbene, mi si lasci dire che non sempre trovo lo stesso metodo applicato dagli altri protagonisti del dibattito. E così la mia sincera curiosità di sapere se gli altri interlocutori condividono oppure no l'idea che mi sono formato (non solo e non tanto sui modelli concettuali o sulle opzioni politiche preferibili, ma) sugli effettivi movimenti e direzioni di sviluppo del nostro sistema normativo domestico ed europeo, per come si è venuto costruendo nella realtà della legislazione recente¹⁶, è una curiosità che resta ancora in larga misura inappagata.

11. Segue: su alcune affermazioni di Francesco Denozza (discutendo fra l'altro di 'vaghezza' dei concetti giuridici)

Il primo volume de *I contratti per l'impresa* ospita anche un contributo di Francesco Denozza, che pure contiene spunti pertinenti al nostro dibattito.

Vi si trova un'affermazione che sembra negare il presupposto stesso su cui si regge l'ipotesi del contratto asimmetrico: là dove considera in termini scettici, se non apertamente negativi, «l'idea [...] di poter impostare i problemi in termini di maggiore o minore equiparazione tra le imprese e i consumatori [...] anche quando riferita alle imprese di minori dimensioni» e ciò perché nel sistema «il rispettivo ruolo delle due categorie di soggetti è troppo dissimile per poterli assimilare sotto la comune rubrica di agenti razionali più o meno deboli»¹⁷. Argomenta questa posizione dapprima con il rilievo che mentre esiste un interesse del sistema all'efficienza delle imprese, che spinge per l'eliminazione delle imprese inefficienti, analogo interesse e analoga spinta non esistono riguardo all'efficienza del consumatore; e poi, soprattutto, traendo argomento dall'area di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette: di cui si sottolinea le

¹⁶ A suo tempo scrivevo: «l'idea che ho avanzato scaturisce da una prima, e certo superficiale, ricognizione di dati normativi... Ma sono disposto a cambiare idea, ascoltando ragioni contrarie», basate anch'esse su dati normativi: V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 121.

¹⁷ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 88.

relazioni *B2C*, con esclusione delle relazioni *B2B*¹⁸.

Ebbene: proprio quest'ultimo argomento si presta a qualche risposta, che mi pare possa rafforzare la tesi sostenuta in queste pagine.

Una prima risposta è di diritto positivo, e può ridursi a poche righe. L'assunto-base di Denozza (circa l'area di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, limitata ai rapporti con consumatori) era vero quando Denozza scriveva ma non è più vero oggi, alla luce della recente innovazione legislativa con cui si estende tale disciplina anche alle relazioni *B2B*, quando coinvolgono una microimpresa¹⁹: e cadendo l'assunto base, cade l'argomento.

Denozza potrebbe tuttavia replicare che il dato non è probante, perché l'estensione della disciplina originariamente riservata ai consumatori avviene solo in favore delle microimprese, mentre – come egli osserva – «se l'eliminazione di scelte distorte fosse l'obiettivo centrale, [...] non si vede perché non si dovrebbero proteggere anche i professionisti [...] grandissimi», che certo non sono «per loro natura infallibili»²⁰. Se questa fosse la replica, mi sarebbe facile opporre il richiamo a un punto di fondo della mia ipotesi ricostruttiva: la distinzione fra asimmetrie socialmente fisiologiche (perché radicate in obiettive e generalizzate posizioni di mercato) e asimmetrie socialmente patologiche, che si legano a condizioni (non generali e oggettive, ma) idiosincratiche del singolo soggetto, cui individualmente e occasionalmente precludono il razionale esercizio dell'autonomia privata; e l'idea di un corrispondente riparto del sistema dei rimedi, in ragione del quale alle asimmetrie del primo tipo si addicono i rimedi offerti dalle discipline di *market regulation* (come tipicamente quella delle pratiche commerciali scorrette, e le altre di cui si parla qui), mentre alle asimmetrie del secondo tipo sono vocati a rispondere i tradizionali rimedi di diritto comune che il codice civile predispone contro le minorazioni psico-fisiche, i vizi della volontà, lo sfruttamento del pericolo e del bisogno in cui si trovi a versare il contraente²¹. E in coerenza con ciò, a Denozza risponderci: se il professionista 'grandissimo' è stato, come egli ipotizza, ingannato in una particolare contrattazione, ebbene faccia valere contro l'ingannatore i rimedi per il dolo ex artt. 1439-1440 c.c.!

Il punto è precisamente quello detto poco sopra, e cioè la polarità di fisio-

¹⁸ *Ibidem*, p. 89.

¹⁹ Sopra, nt. 10.

²⁰ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 89.

²¹ Sopra, nt. 3 e 4.

logia e patologia sociale: che le microrimprese (come pure i consumatori) soffrano di asimmetrie verso le imprese con superiore potere di mercato, è un dato fisiologico e strutturale del mercato stesso; che una impresa (micro, piccola, media, grande o grandissima che sia) resti vittima di inganno ad opera di una controparte sleale, è invece un dato congiunturale e patologico.

C'è infine un altro rilievo – a metà fra epistemologico e di tecnica normativa – con cui Denozza implicitamente scredita il possibile significato operativo della categoria del 'contratto asimmetrico': il rilievo per cui essa non potrebbe costruirsi in modo appropriato intorno a fenomeni come «irrazionalità, coercizione, disinformazione ecc. perché manca una loro precisa definizione concettuale in grado di sostenerne una generalizzata disciplina»²². A questo rilievo mi sento di replicare: forse che la nozione di 'asimmetria informativa' (affinata con quella enorme e specifica elaborazione scientifica da cui il legislatore – consapevole o no che ne sia – la ricava per sottenderla a tante discipline di regolazione del mercato) è così terribilmente più vaga e più fumosa, dal punto di vista semantico, di quanto lo sia una nozione come ad esempio 'errore', pur così controversa e contendibile fra discipline psicologiche, categorie filosofiche e *hard science*, eppure da tutti tranquillamente assunta come base concettuale per applicare gli artt. 1428 e ss. c.c. senza che nessuno ne lamenti il difetto di univoca definizione concettuale?²³

12. Contratto asimmetrico e terzo contratto: il comune presupposto di una regolazione diretta a rimediare i fallimenti del mercato per ripristinare le condizioni dell'agire razionale dei soggetti

Concludo la mia relazione con un ultimo ordine di considerazioni: che non vorrei fosse percepito come sgradevolmente destabilizzante.

I ragionamenti che ho svolto fin qui hanno un chiaro presupposto, che in qualche modo è già stato indicato ma che conviene adesso riprendere in termini più espliciti: la regolazione del mercato, e in particolare

²² F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 77, alla nt. 22.

²³ Analogo argomento avevo già speso (per così dire in prevenzione, ove mai la tesi del contratto asimmetrico si fosse attirata la critica di determinare un'inammissibile «perdita della fattispecie») in V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 124.

la disciplina dei contratti del mercato, ha lo scopo di reagire ai fallimenti del mercato, nella misura in cui questi pregiudicano l'agire razionale degli operatori (che in assenza di tali fallimenti potrebbe efficacemente dispiegarsi), e quindi offre rimedi per prevenire *ex ante*, o rimediare *ex post*, i fattori di disturbo di questo agire razionale.

Nel contesto definito da questo assunto di base, possono esserci discussioni specifiche e anche contrasti di merito, quando si tratta di valutare se determinate discipline legali – che si presentano come ispirate alla *ratio* di politica legislativa che quell'assunto sottende – siano adeguate o inadeguate rispetto alla *ratio* e alle finalità perseguite.

Solo un paio di esempi. Uno dei filoni dominanti della recente legislazione sui contratti del mercato è quello centrato sulle 'regole informative', che consistono essenzialmente nell'imporre al contraente forte l'obbligo di fornire – principalmente in fase precontrattuale – una serie articolata e complessa di informazioni sulla materia del contratto, così da offrire al contraente debole (e debole, spesso, proprio perché vittima di asimmetrie informative) un'adeguata conoscenza di dati rilevanti per le sue valutazioni di convenienza, che altrimenti non avrebbe. Ora, molti vedono in apparati normativi siffatti uno strumento molto utile ed efficace per porre rimedio ai deficit di razionalità cognitiva del contraente debole. Ma è ben possibile che qualcuno non sia d'accordo, rilevando che spesso questo genere di previsioni ha un valore astratto, simbolico e in definitiva declamatorio, molto più di quanto garantisca davvero ai suoi beneficiari l'effettività di una reale e sostanziale tutela²⁴.

Ancora. Chi mai – avendo a cuore gli interessi del soggetto di mercato vittima di quel particolare deficit di razionalità cognitiva che deriva dal firmare i contratti standard predisposti unilateralmente dalla controparte più forte, senza prima leggerli (come tipicamente accade al consumatore che contratta col professionista) – non vedrebbe con favore ogni dispositivo legale finalizzato a promuovere tale preventiva lettura? Nessuno, verrebbe da dire. E invece c'è qualcuno che (non senza qualche manifestazione di compiacimento per il carattere provocatorio della propria tesi) sostiene

²⁴ È quanto ho provato ad argomentare in uno scritto nel quale descrivo (criticamente) questa linea di legislazione come un esempio di 'manierismo informativo': V. ROPPO, *Formation of Contracts and Pre-contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)*, in S. GRUNDMANN e M. SCHAUER (a cura di), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 283 ss. specie pp. 296-299 (lo scritto si legge anche in traduzione italiana: *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss., specie pp. 760-764).

che incentivare la lettura del contratto da parte dell'aderente (per usare il linguaggio dell'art. 1341 c.c.) non solo è inutile ma addirittura rischia di risultare pregiudizievole per i suoi interessi²⁵.

Ma sia chi sostiene questa tesi iconoclasta, sia coloro che all'opposto condividono il più tradizionale favore per la preventiva lettura dei contratti da parte degli aderenti, sono accomunati dalla ricerca del modo migliore per rimediare ai deficit di razionalità cognitiva del soggetto di mercato debole. E la stessa ispirazione di fondo accomuna, rispetto alle regole informative che si affollano nella recente disciplina dei contratti del mercato, gli osservatori che pure si dividono – nel giudizio di merito – fra apologeti e scettici.

Perfino i militanti dei due partiti del contratto asimmetrico e rispettivamente del terzo contratto – divisi nel modo che sappiamo circa l'evoluzione del sistema del diritto dei contratti del mercato – si riconciliano nel dare entrambi per pacifico che tale sistema abbia, e non possa non avere, la funzione di rimediare ai fallimenti del mercato e ai conseguenti deficit di razionalità cognitiva e comportamentale degli operatori. E ciò sul presupposto che siffatti *market failure* esistano, e possano e debbano essere contrastati.

13. Una diversa prospettiva teorica, e le possibili ricadute politiche: fra ultraliberismo antiregolatorio e interventismo strutturale

Ebbene, se si allarga l'orizzonte del dibattito politico-culturale sulla regolazione del mercato, ci si avvede che questo presupposto non è affatto pacifico, bensì è messo in discussione, anzi apertamente sfidato da una prospettiva diversa. Una prospettiva prima di tutto teorica, che ha poi ricadute di ordine politico: ma non secondo un'unica linea di azione, bensì divaricandosi, un po' paradossalmente, in *policy* fra loro radicalmente antagoniste.

Alludo alla prospettiva teorica alternativa secondo cui – in estrema sintesi – non esiste o comunque non è rilevante la razionalità soggettiva degli agenti del mercato, insidiata da fallimenti del mercato; bensì esiste o comunque è rilevante solo la razionalità oggettiva del mercato, nelle sue strutture e nei suoi modi di funzionamento come suol dirsi 'inintenzionali' (che cioè prescindono dalle intenzioni e ancor prima dalle cognizioni

²⁵ O. BEN-SHAHAR, *The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 1 ss.

soggettive degli attori del mercato). E sembra di poter dire che a questo prospettiva teorica non è estranea la linea di pensiero della *Behavioral Law and Economics* (o almeno una certa sua declinazione): se non altro nella misura in cui assume che la razionalità del soggetto non è limitata dai fallimenti del mercato, bensì è limitata strutturalmente dagli intrinseci meccanismi della psiche (e quindi non ripristinabile con politiche di contrasto dei *market failure*).

Sull'assunto teorico generale per cui non esiste la razionalità dei soggetti che operano sul mercato, ma solo l'oggettiva e 'inintenzionale' razionalità del mercato, si innestano poi i giudizi di valore sulla 'qualità' di quest'ultima. E qui partono le divaricazioni politiche.

Su un fronte si schierano gli apologeti estremi della razionalità oggettiva del mercato, quelli i quali pensano che tutto ciò che accade nel mercato sia per definizione buono e giusto e sacro, e perciò rifiutano qualsiasi intervento correttivo delle sue naturali dinamiche. Per essi, i c.d. fallimenti del mercato, che pregiudicherebbero la pretesa (ma comunque irrilevante) razionalità soggettiva degli operatori, non sono affatto fallimenti, e non devono essere contrastati. È una pattuglia che attraversa l'alfabeto: dalla A di Alesina alla Z di Zingales, passando per la mediana della M di Mingardi (recentissimo autore, quest'ultimo, di un *claim* che la dice tutta come «Il mercato ha ragione anche quando ha torto»²⁶).

Sul fronte opposto stanno coloro i quali pensano che la razionalità oggettiva del mercato possa essere qualche volta una razionalità perversa o almeno discutibile, e che il suo funzionamento 'inintenzionale' possa causare effetti socialmente indesiderabili, che è politicamente opportuno e doveroso contrastare. Per incontrare una manifestazione di questa linea non occorre andare lontano: basta riprendere lo scritto recente, già citato poco sopra, di Francesco Denozza. Lì l'assunto di base è proprio la centralità della struttura oggettiva del mercato concorrenziale, e delle sue dinamiche 'inintenzionali', che fanno premio sulla razionalità soggettiva degli operatori²⁷. Ed è sorprendente la convergenza teorica, sotto questo profilo, con le posizioni dell'ultraliberista Mingardi²⁸. Ma Denozza non è

²⁶ A. MINGARDI, *L'intelligenza del denaro. Il mercato ha ragione anche quando ha torto*, Venezia, Marsilio, 2013.

²⁷ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, specie p. 85 ss. (dove il par. 6 si intitola, significativamente, «Dalla razionalità degli agenti alla razionalità inintenzionale del sistema»).

²⁸ Solo qualche citazione, fra le tante e tante possibili: «Il 'mercato' è un processo[...] Una trama infinita di relazioni nella quale gli errori delle singole parti non inficiano, ma anzi

un ultraliberista, e quindi è ovvio che alla convergenza teorica si associ una profonda divergenza politica. Egli patrocina infatti interventi pubblici per correggere le distorsioni del mercato: più di preciso, interventi strutturali diretti a incidere (in una logica 'oggettiva') sugli assetti e sulle dinamiche del mercato concorrenziale; non invece interventi diretti – secondo una logica 'soggettiva' da lui ritenuta inefficace – a correggere le asimmetrie cognitive o altri consimili fallimenti del mercato, in funzione di garantire o recuperare le condizioni di un agire razionale degli operatori.

L'avversione alle politiche puntate a rimediare i fallimenti del mercato è condivisa con gli ultraliberisti: la differenza è che questi le avversano sull'assunto che contrastare i fallimenti del mercato sia indesiderabile, mentre la posizione ora in discorso assume che contrastare i fallimenti del mercato sia inutile.

14. Nel campo della regolazione: 'contro l'autonomia' o 'spinta gentile'?

Proviamo adesso a scomporre e poi ricomporre il panorama delle opzioni teoriche e politiche in campo. E facciamo mettendo fra parentesi i talebani del mercato (gli ultraliberisti che rifiutano qualsiasi intervento regolatorio), per concentrare l'attenzione sul terreno dove s'incontrano tutti coloro per i quali una qualche misura e un qualche genere di regolazione del mercato è possibile e desiderabile.

Il punto diventa adesso: quale regolazione? E qui il campo di chi patrocina politiche di *market regulation* rischia di dividersi in due: da una parte i fautori di una regolazione dolce, temperata, e soprattutto orientata a rispettare e promuovere l'autonomia dei giocatori 'deboli' che l'autorità regolatrice punta a proteggere contro i giocatori più forti; dall'altra parte i fautori di una regolazione più dura e aggressiva, per i quali la salvaguardia e la promozione dell'autonomia dei soggetti da proteggere non è un fine significativo, e anzi il sacrificio della loro autonomia viene visto come

rendono possibile il successo del sistema nel suo complesso. Il mercato è una torta impastata da milioni di inconsapevoli pasticciere» (p. 16); «Gli operatori economici sono sempre ignoranti»: ma non importa, perché «Le imprese imparano le une alle altre» (p. 17); «In regime di libero mercato, l'ordine è un effetto inintenzionale, un'esternalità» (p. 63). L'adesione all'idea di un'assoluta 'inintenzionalità' del funzionamento dei meccanismi di mercato è così forte, da spingere Mingardi a criticare perfino Adam Smith per la sua metafora della 'mano invisibile', che avrebbe il torto di suggerire che dietro la mano possa esserci qualche mente impegnata in una guida intenzionale del processo.

inevitabile prezzo della protezione. Per dirla in slogan: protezione *tramite* l'autonomia vs. protezione *contro* l'autonomia.

Le due linee trovano espressione paradigmatica in due recenti libri americani, che da subito hanno preso ad animare il dibattito giuridico-politico-economico negli Stati Uniti. Il primo sposa la linea della regolazione *soft*, orientata primariamente a salvaguardare e recuperare spazi di autonomia per i beneficiari della regolazione: la parola che lo intitola – *nudge* – significa appunto qualcosa come piccola pressione o stimolo leggero che si esercita su qualcuno per aiutarlo a orientarsi verso le scelte che appaiono più coerenti con il suo interesse, ma senza obbligarvelo e quindi senza precludergli scelte diverse se nonostante il *nudge* egli le preferisce²⁹. Il secondo libro dichiara la propria tesi di fondo, in modo che più netto non si potrebbe, fin dal titolo: «*Against Autonomy*»³⁰. Muove dal presupposto che noi uomini siamo spesso così irrazionali nel prendere decisioni che le nostre scelte autonome sovente ci impediscono di attuare i nostri stessi fini; i quali potrebbero invece essere aiutati a realizzarsi, se la pubblica autorità ci impedisse di agire in base alle nostre decisioni. Nei testi dell'uno e dell'altro libro si trovano due autodefinizioni delle linee rispettivamente proposte, che si richiamano l'un l'altra per contrapposizione: lo stesso sottotitolo del libro della Conly tesse l'elogio del *coercive paternalism*; nel libro di Thaler e Sunstein si sponsorizza apertamente un'opzione di (quasi un ossimoro!) *libertarian paternalism*³¹.

Dichiaro apertamente la mia inclinazione. Se paternalismo deve essere (ma perché non evitare un termine sempre un po' sgradevole, e non dire semplicemente 'regolazione?'), in generale preferisco che sia di tipo «libertario» piuttosto che 'coercitivo'. Di un tipo, cioè, che non comprima ma al contrario espanda l'autonomia dei soggetti tutelati, ripristinandone quelle

²⁹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008. Il primo autore è un economista dell'Università di Chicago; il secondo (giurista della *Law School* nella medesima Università per ventisette anni e oggi professore della *Harvard Law School*) è stato nominato dal presidente Obama a capo dell'*Office of Information and Regulatory Affairs*.

Il libro è uscito anche in Italia, dove «*nudge*» è stato tradotto con «spinta gentile»: R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009.

³⁰ S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

³¹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, cit., p. 10. Il confronto 'a distanza' fra le due linee si è fatto dialogo diretto nell'inverno del 2013, con la recensione molto polemica che Cass Sunstein (uno degli autori di *Nudge*) ha dedicato al libro di Sarah Conly nelle pagine della *New York Review of Books*.

condizioni di razionale ed efficace esercizio contro i fattori di disturbo (le asimmetrie e i deficit cognitivi) che nella realtà del mercato spesso le pregiudicano. Traduciamolo nei termini del dibattito di casa nostra: è, in definitiva, la *policy* perseguita da quanti – sostengano l’ipotesi del contratto asimmetrico, o facciano il tifo per il terzo contratto – sono accomunati nella simpatia per la *Privatrechtsgesellschaft* e nel pensiero che la migliore regolamentazione del mercato sia quella che vuole rimediarne i fallimenti, per recuperare il massimo possibile di razionalità dell’agire degli operatori, e così in definitiva per rafforzare e valorizzare la loro autonomia.

Ma torniamo al cuore tematico del nostro convegno, e domandiamoci: rispetto alla *policy* appena elogiata (che qualcuno potrebbe definire ‘ordoliberal’), come si pongono gli assunti di *Behavioral Law and Economics*? Non pretendo minimamente di dare risposte nette e decise (se lo facessi, contraddirei la professione di relativa incompetenza che ho fatto all’inizio), e mi limito a prospettare sommessamente un dubbio. Il dubbio che certe accezioni o declinazioni dell’analisi di *BLE*, per il fatto stesso di svalutare il paradigma del soggetto razionale (pronto come tale al migliore esercizio della propria autonomia), finiscano per svalutare l’idea stessa di autonomia, e le politiche dirette a promuoverla. Le formule che si sono scelte per intitolare il convegno non dissipano il dubbio, se mai lo consolidano. Se i soggetti hanno – per definizione, strutturalmente – ‘razionalità limitata’, se quindi le politiche di regolazione del mercato devono andare ‘oltre il soggetto razionale’, non è peregrino pensare che questo ‘oltre’ possa finire per situarsi in territori frequentati da interventi di ‘paternalismo coercitivo’ piuttosto che di ‘paternalismo libertario’, interventi fatti non di ‘spinte gentili’ ma più probabilmente di meccanismi imperativi operanti anche ‘*against autonomy*’³².

Se questo dubbio dovesse avere qualche fondamento, e se più in generale si aprisse un significativo terreno di confronto/scontro fra queste due opposte opzioni strategiche, il contrasto fra la tesi del contratto asimmetrico e quella del terzo contratto degraderebbe a piccola scaramuccia tattica. E i duellanti dovrebbero piuttosto, in una prospettiva più strategica, fare fronte comune contro chi nega la possibilità e la desiderabilità di una regolazione del mercato diretta a rimediarne i fallimenti per recuperare condizioni di razionalità degli agenti di mercato, e così valorizzarne e promuoverne l’autonomia.

³² E infatti la Conly sembra ispirare la sua linea di pensiero precisamente a postulati di *BLE*: nella stessa scheda di presentazione del libro, proposta nel sito ufficiale della Cambridge University Press, si legge infatti che l’autrice ha basato i suoi argomenti «*on sources from behavioral economics and social psychology*».

